
HDI
HL 1PFV 0


VE RI TAS

# ЮРИДИЧЕСКІЯ

# ИЗСЛѢДОВАНІЯ И СТАТЬИ.

V. 1

Общая теорія права.—Обычное право.—Гражданское право.—
Торговое право.—Гражданскій процессъ.

*А. Х. ГОЛЬМСТЕНА*

ОРДИНАРНАГО ПРОФЕССОРА ВОЕННО-ЮРИДИЧЕСКОЙ АКАДЕМІИ.



С.-ПЕТЕРБУРГЪ.
Типографія М. М. Стасюлевича, В. О., 5 лин. 28.
1894.




2152

# ПРЕДИСЛОВІЕ.

Мысль объ изданіи этого сборника слагалась съ большою постепенностью. Сначала я предполагалъ выпустить третьимъ изданіемъ, давно уже распроданное, изслѣдованіе мое „Принципъ тождества“. Затѣмъ, сказался спросъ и на другія мои работы. Отсюда было не далеко до мысли издать сборникъ въ составѣ этихъ работъ, а отъ этой мысли шагъ до изданія полнаго собранія сочиненій. Сдѣлать этотъ шагъ я, однако, считалъ преждевременнымъ и остановился на мысли издать сборникъ лишь тѣхъ сочиненій, которыя или обратили на себя вниманіе моихъ ученыхъ собратій, или не лишены, по моему мнѣнію, и посейчасъ нѣкотораго интереса [1]). Всѣ эти изслѣдованія и статьи, за исключеніемъ реферата «Семейное право современной Болгаріи», были или изданы отдѣльно, или помѣщены въ разныхъ повременныхъ изданіяхъ. Большая часть ихъ нынѣ отпечатана безъ существенныхъ измѣненій, нѣкоторыя же подверглись или редакціоннымъ поправкамъ (напр. «Состязательное начало»), или измѣненіямъ по существу (напр., «О душепри-

---

[1]) Статьи, не вошедшія въ этотъ сборникъ, см. Спб. Вѣд. 1876 г. № 75, Жур. гр. и уг. права, 1880 г. кн. 3 и 6, 1881 г. кн. 1, 2 и 5, 1882 г. кн. 2, 3, 4 и 6, 1883 г. кн. 3 и 9, 1884 г. кн. 1, 1885 г. кн. 1, 6 и 7, 1886 г. кн. 10, 1887 г. кн. 8 и 9, 1888 г. кн. 2 и 5, 1889 г. кн. 10, 1890 г. кн. 9 и 10, 1893 г. кн. 5 Юрид. Лѣтоп. 1891 г. кн. 3 5, 6, 8, 9, 1892 г. кн. 6.

кащикахъ»), но сознаюсь и въ то же время извиняюсь передъ читателями въ недостаточности этихъ поправокъ и измѣненій. Одновременное съ этимъ сборникомъ печатаніе другихъ моихъ сочиненій мѣшало мнѣ удѣлить редакціонной сторонѣ сборника столько времени, сколько бы я желалъ, отложить же изданіе его, по многимъ причинамъ, для читателей неинтереснымъ, было неудобно.

Что касается научныхъ взглядовъ, мною проводимыхъ, то ни въ какой «перемѣнѣ фронта» за истекшія двадцать лѣтъ моей скромной дѣятельности я себя упрекнуть не могу. Какъ съ первыхъ шаговъ этой моей дѣятельности, такъ и посейчасъ я служилъ и служу по мѣрѣ силъ догматической школѣ въ юриспруденціи. Но, съ другой стороны, я не относился безучастно къ успѣхамъ догматической юриспруденціи и, напр., когда въ началѣ восьмидесятыхъ годовъ стало выдвигаться новое, Бюловское, направленіе въ догматической разработкѣ гражданскаго процесса, то я примкнулъ къ этому направленію. Въ первое десятилѣтіе моей дѣятельности я стоялъ на почвѣ господствующаго и понынѣ въ наукѣ гражданскаго процесса направленія; съ наступленія второго десятилѣтія, я перешелъ на сторону новаго, и уже второй десятокъ лѣтъ работаю въ духѣ этого направленія. Такой переходъ отъ стараго къ новому, держась строго въ предѣлахъ догматической школы, нисколько меня не смущаетъ и никто мнѣ этого въ укоръ не поставитъ. Перейдя на сторону новаго направленія, я тѣмъ не менѣе настолько проникнутъ сознаніемъ научности стараго, что не могъ не помѣстить въ этомъ сборникѣ двѣ мои работы, написанныя въ духѣ послѣдняго [1]), хотя сознаюсь, что въ ряду другихъ онѣ звучатъ нѣкоторымъ диссонансомъ.

Несмотря на мое почти неодолимое желаніе подробно бесѣдовать съ учеными, критически отнесшимися къ тѣмъ или другимъ взглядамъ, изложеннымъ въ моихъ «Изслѣдованіяхъ и статьяхъ», я долженъ отъ этого отказаться, считая неудобнымъ придавать предисловію характеръ полемическій. Да и исчерпать всю массу сдѣланныхъ критическихъ ука-

[1]) „Состязательное начало", стр. 402—484. „Объ отношеніи гражд. судопр. къ гражд. праву", стр. 232—242.

заній нѣтъ возможности. Я ограничусь лишь парою замѣчаній по поводу высказаннаго тѣми изъ моихъ ученыхъ собратій, мнѣніемъ коихъ я особенно дорожу.

Начну съ моихъ «Этюдовъ» (стр. 1—34). Возгорѣвшаяся въ 1884 г. между мною и проф. Муромцевымъ полемика окончилась ничѣмъ—каждый остался при своемъ, обостривъ лишь въ пылу борьбы отстаиваемыя имъ положенія. Послѣднее слово осталось за мною, но я не считалъ удобнымъ воспользоваться имъ,—оппонентъ мой велъ полемику не такъ, какъ это принято въ средѣ людей науки. Вотъ какъ характеризуетъ историкъ нашего гражданскаго права, проф. Шершеневичъ, эту полемику: «нужно отдать справедливость г. Гольмстену,—говоритъ онъ—въ этой полемикѣ онъ преслѣдовалъ исключительно научныя цѣли и относился съ полнымъ уваженіемъ къ своему противнику, тогда какъ г. Муромцевъ перенесъ дѣло на личную почву... (Наука гражд. права въ Россіи въ Учен. Зап. Каз. Унив. 1893 г., кн. 2, стр. 32).Продолжать эту, быть можетъ, «весьма интересную», по словамъ проф. Шершеневича, полемику, я ни малѣйшаго желанія не имѣю. Мнѣ хотѣлось бы, прежде всего, по поводу этой полемики, посвятить нѣсколько словъ проф. Азаревичу. Я высоко цѣню знанія и талантъ проф. Азаревича и мнѣ было больно читать, какъ онъ неистово накинулся на моего противника, проф. Муромцева,—это было нѣчто изъ-ряда вонъ выходящее. Если я, какъ выражается проф. Азаревичъ, — вмѣстѣ съ проф. Пахманомъ, обратилъ въ ничто измышленія проф. Муромцева, если проф. Муромцевъ на мою «спокойную и въ то же время уничтожающую критику могъ отвѣтить только вызывающимъ тономъ, не найдя возможвымъ коснуться существенныхъ пунктовъ» (Предисл. къ 2 т. Системы римскаго права, стр. II, V—VI), то это не давало права проф. Азаревичу отрицать въ проф. Муромцевѣ и знанія, и талантъ, и добросовѣстность. Пусть проф. Азаревичъ считаетъ меня побѣдителемъ — мнѣ это, въ виду несомнѣнной компетентности его въ вопросахъ подобнаго рода, весьма пріятно,—но когда онъ наноситъ оскорбленія моему побѣжденному противнику, я отказываюсь отъ всякой съ нимъ солидарности. Пусть подобный способъ защиты останется неотъемлимымъ

достояніемъ противниковъ того направленія, которому мы съ проф. Азаревичемъ служимъ.

Что касается сдѣланныхъ по поводу «Этюдовъ» возраженій по существу, то таковыя я нахожу въ актовой рѣчи проф. Казанцева: «Значеніе науки римскаго права» (Кіевск. Унив. Извѣстія. 1893 г. кн. 2 стр. 1—17) и въ соч. проф. Шершеневича: «Наука гражданскаго права въ Россіи» (стр. 31—35). Проф. Казанцевъ, почти буквально излагая, какъ communis doctorum opinio, существенныя части моего перваго «Этюда», дѣлаетъ мнѣ, какъ одному изъ «нѣкоторыхъ» сторонниковъ изложеннаго имъ (т.-е. моего) взгляда, лишь одно возраженіе. Возраженіе это основано на очевидномъ недоразумѣніи. Проф. Казанцевъ полагаетъ, что и по моему мнѣнію статическіе законы суть или только такъ-называемыя regulae juris, или только общія правила, излагаемыя въ общей части науки гражданскаго права. Онъ относитъ къ числу законовъ статики и такія правила, которыя касаются отдѣльныхъ институтовъ, излагаемыхъ въ особенной части; и которымъ не присущъ признакъ вѣчности. Развѣ я не говорю въ сущности то же самое въ своихъ «Этюдахъ»? Во-первыхъ, я различаю законы отъ тѣхъ явленій, которыя ими управляются; законъ, какъ соотношеніе явленій, неизмѣненъ, явленія же измѣняются и даже совсѣмъ могутъ исчезнуть, но пока явленія существуютъ, существуетъ и законъ. Мало того, я прямо отрицаю эту вѣчность научныхъ законовъ, по той простой причинѣ, что мы не знаемъ сегодня, что будетъ завтра; весь міръ можетъ измѣниться, и всѣ наши статическіе законы потеряютъ силу (см. стр. 3—4). Во-вторыхъ, я же провожу различіе между общими и прикладными статическими законами, настаивая не на качественномъ, а на количественномъ ихъ отличіи (см. стр. 13), и привожу рядъ этихъ прикладныхъ законовъ по отношенію къ займу (см. стр. 11—13). Очевидно, проф. Казанцевъ не обратилъ вниманія на эти мои положенія.

Замѣчанія проф. Шершеневича какъ-то отрывочны и неопредѣленны: его собственныхъ воззрѣній никакъ не уловишь, не узнаешь— сторонникъ онъ или противникъ разбираемаго имъ взгляда, а между

тѣмъ никакая критика невозможна, если критикъ не указываетъ точно и опредѣленно, какое положеніе онъ занимаетъ въ возгорѣвшемся спорѣ. Замѣчанія проф. Шершеневича по существу сводятся къ двумъ: 1) нельзя смѣшивать паденіе закона науки съ непримѣняемостью его и 2) нѣтъ надобности начинать изученіе юриспруденціи съ римскаго права—достаточно воспользоваться сдѣланнымъ для дальнѣйшихъ построеній. Первое замѣчаніе сдѣлано по поводу того, что я считаю законы неизмѣнными, пока неизмѣнились управляемыя ими явленія; съ паденіемъ послѣднихъ падаютъ и первые. Я только и допускаю «паденіе» закона науки и, признаюсь, совершенно не понимаю «непримѣняемость» его; «примѣнять» законы науки нельзя; примѣняются лишь законы въ смыслѣ нормъ положительнаго права. Наконецъ, еслибы ихъ можно примѣнять въ томъ или другомъ условномъ смыслѣ, то вѣдь съ паденіемъ явленія эта возможность пресѣкается. На этомъ замѣчаніи можно бы было и не останавливаться, въ виду совершенной неясности его. Второе замѣчаніе тоже нѣсколько темновато. Я говорю, что римскіе юристы сдѣлали столько открытій и наблюденій въ области юридической статики, что, во избѣжаніе отысканія того, что уже давно найдено, слѣдуетъ начать изученіе съ римскаго права. По мнѣнію проф. Шершеневича это не такъ: надо только воспользоваться сдѣланнымъ для дальнѣйшихъ построеній. Мысль эту я понимаю такъ: римское право надо изучать не отдѣльно, а слитно съ тѣмъ или другимъ національнымъ правомъ. Если такова мысль проф. Шершеневича, то вѣдь то-же самое говорилъ проф. Муромцевъ, и мнѣ остается лишь сослаться на сказанное мною противъ этого на стр. 30—31.

Затѣмъ, не могу не возразить на критическое замѣчаніе проф. Коркунова по затронутому мною въ изслѣдованіи «Принципъ тождества» важному вопросу объ объектѣ права (стр. 276, 277). Проф. Коркуновъ, во 2 изд. своихъ «Лекцій по общей теоріи права», высказывается противъ взгляда моего, что объектомъ права могутъ быть лишь дѣйствія лица. Возраженіе состоитъ въ томъ, что взглядъ этотъ, когда субъектомъ права, напр. права собственности, является лицо недѣеспособное, приводитъ къ двумъ совершенно несообразнымъ выводамъ, а именно: у одного и того же

права могутъ оказаться два совершенно разнородныхъ объекта: дѣйствія свои, т.-е. самого недѣеспособнаго, и дѣйствія чужія, т.-е. опекуна, а если не считать дѣйствія опекуна объектомъ права, то право можетъ оказаться безъ объекта (стр. 137). По существу это возраженіе очень старо и, приводя его, слѣдовало бы обратить вниманіе на соображенія, высказанныя противъ него, и подвергнуть ихъ критикѣ. Возраженіе это на всевозможные лады приводилось сторонниками теоріи интереса противъ волевой теоріи. Достаточно сослаться на Іеринга (Geist d. röm. R. B. III, § 60, 61) и Виндшейда (Pandecten. B. 1, § 37 not. 2). Хотя ученые обоихъ этихъ лагерей и не считаютъ объектомъ права дѣйствіе, но спорятъ въ сущности по вопросу о содержаніи дѣйствія, т.-е. о волѣ, которая, конечно, выражается въ формѣ дѣйствія. Сторонники теоріи интереса говорятъ, что строить опредѣленіе права на волѣ нельзя— тогда придется признать, что лицо, не имѣющее воли, не имѣетъ и правъ, а между тѣмъ недѣеспособный не имѣетъ воли, а права имѣетъ. Противъ этого сторонники волевой теоріи возражаютъ, что и недѣеспособный обладаетъ волею, но она страдаетъ такими недостатками, что ее необходимо замѣнить волею опекуна, волею, которая считалась бы юридически, въ предѣлахъ установленныхъ закономъ, волею недѣеспособнаго. То же самое надо сказать и объ осуществленіи этой воли; недѣеспособный не можетъ осуществить свою волю; мѣсто ее заступаетъ воля опекуна, которая и осуществляется *какъ* воля недѣеспособнаго или, какъ говорятъ, осуществляется *отъ имени* недѣеспособнаго—какъ будто бы самъ недѣеспособный осуществилъ свою волю. Конечно, это фикція, но фикція, безъ которой ни необходимое, ни добровольное представительство обойтись не могутъ. Примѣняя эти соображенія волевой теоріи къ объекту права недѣеспособнаго, мы говоримъ, что объектомъ этимъ являются, *въ юридическомъ смыслѣ*, дѣйствія самого недѣеспособнаго, совершаемыя имъ не самолично, а черезъ другое лицо, дѣйствующее *отъ его имени*. Въ виду этого мы не допускаемъ, чтобы можно было изъ взгляда на объектъ права, какъ па дѣйствіе лица дѣлать выводъ, что въ правѣ, принадлежащемъ недѣеспособному, имѣются два объекта или что право это безъ объекта.

Наконецъ, не могу отказать себѣ въ удовольствіи побесѣдовать съ г-жею Ефименко, которая въ предисловіи къ своему труду «Изслѣдованія народной жизни» дѣлаетъ нѣсколько возраженій на ст. мою «О юридическомъ значеніи труда» (стр. 35—47). И въ этомъ случаѣ полемика привела къ обычнымъ результатамъ—г-жа Ефименко осталась при своемъ мнѣніи, я—при своемъ, и если я считаю нужнымъ отвѣтить здѣсь нашей талантливой бытописательницѣ, то только съ цѣлью устранить противорѣчіе, якобы оказавшееся въ моей статьѣ, и отвѣтить на вопросъ, авторомъ поставленный. Что касается противорѣчія, то оно можетъ быть усмотрѣно въ томъ, что, съ одной стороны, я не допускаю и мысли о самостоятельномъ юридическомъ значеніи труда въ юридическомъ быту нашего крестьянства, съ другой,—признаю различіе между народно-обычнымъ и культурнымъ правомъ, видя въ нихъ два различныхъ типа права, порожденныхъ различіемъ въ экономическомъ строѣ (Предисл. стр. XIII). Могу увѣрить г-жу Ефименко, что, оставаясь ея «архи-юридическимъ оппонентомъ», я продолжаю думать, что, хотя своеобразный экономическій строй жизни нашего крестьянства несомнѣнно кладетъ свой отпечатокъ на юридическій бытъ, но не допускаю, чтобы это доходило до того, чтобы трудъ, по существу своему тому не удовлетворяющій, разсматривался, какъ самостоятельный правопроизводящій фактъ, а трудовое начало считалось юридическимъ принципомъ. Есть несомнѣнно рядъ особенностей этого юридическаго быта, хорошо извѣстныхъ г-жѣ Ефименко, но не заключаются же онѣ въ началахъ, созданныхъ изслѣдователями этого быта, благодаря неумѣнію юридически квалифицировать жизненныя явленія. Что же касается вопроса, который мнѣ предлагаетъ г-жа Ефименко, то онъ вызванъ сдѣланнымъ мною указаніемъ, что авторъ, для доказательства реальности трудового начала, подтягиваетъ факты подъ предвзятую мысль. Г-жа Ефименко спрашиваетъ: «откуда бы я взяла эту предвзятую мысль?» (стр. XIII). Прошу не обижаться на предлагаемый отвѣтъ. Я полагаю, что еслибы г-жа Ефименко начала изученіе юриспруденціи, столь необходимое при изслѣдованіи нашихъ юридическихъ обычаевъ, съ римскаго права, а не съ права первобытныхъ народовъ, то не открыла бы у насъ трудового начала.

Труды Мэна, Леббока и др. прекрасные и строго научные труды, но значеніе они могутъ имѣть для юристовъ, прошедшихъ строго-юридическую школу; въ противномъ случаѣ, изученіе ихъ, съ цѣлью подготовить себя къ изслѣдованію юридическихъ обычаевъ, приведетъ къ такимъ открытіямъ, какъ трудовое начало.

Этими замѣчаніями, я, къ сожалѣнію, долженъ ограничиться. Хотѣлось бы еще побесѣдовать со многими критиками моими, но ихъ указанія касаются болѣе частныхъ вопросовъ, и я боюсь начать съ ними полемизировать, предвидя, что бесѣда можетъ затянуться на протяженіи многихъ страницъ.

*А. Г.*

9 Октября 1893 г.

# ОГЛАВЛЕНІЕ.

# I. ОБЩАЯ ТЕОРІЯ ПРАВА.

## ЭТЮДЫ О СОВРЕМЕННОМЪ СОСТОЯНІИ НАУКИ ПРАВА.

### I.

### Нѣсколько мыслей о позитивизмѣ въ наукѣ права [1]).

Несмотря на то, что зачатки науки лежатъ въ глубокой древности, до настоящаго времени далеко не безспорно, чтó, собственно, можно и должно считать наукою, чтó — не наукою, а искуствомъ. Было время, и оно не особенно далеко отъ насъ, когда наукою называлось изученіе сущностей и силъ, когда задачи ея сводились къ раскрытію первопричинъ физическихъ и соціальныхъ явленій. Нерѣдко великіе умы, гордость человѣческой рассы, — искали этихъ первопричинъ, углублялись въ сущности и строили, какъ говоритъ Льюисъ, гипотезу на гипотезѣ и въ концѣ концовъ окончательно сбивались съ толку [2]). Поднятіе воды въ насосѣ, говоритъ Д. С. Милль, приписывалось тому, что природа боится пустоты; паденіе тяжелаго тѣла и восхожденіе пламени объяснялись стремленіемъ каждаго тѣла занять свое естественное мѣсто [3]). Великія открытія въ области естественныхъ наукъ показали, какъ мизерны эти гипотезы „боязни пустоты", „естественнаго мѣста" и т. п. Стало очевиднымъ, что умъ человѣческій пошелъ по ложному пути, что благодаря именно этому направленію онъ въ сущности ничего не далъ, что познаніе окружающихъ явленій не достигается построеніемъ гипотезъ, объясняющихъ сущность этихъ явленій. Пришли, наконецъ, къ тому, что для познанія этихъ явленій, въ виду тѣсной связи, между ними существующей, достаточно знаніе ихъ соотношенія. Великій мыслитель Огюстъ Контъ поставилъ науку въ должные предѣлы, показалъ въ чемъ ея истинныя задачи. „Нашему знанію, говоритъ онъ, доступны только явленія; это знаніе явленій — относительно, не безусловно. Мы не знаемъ сущностей, ни даже реальнаго способа возникновенія извѣстнаго факта, для насъ доступны только его отношенія къ другимъ фактамъ, путемъ преемственности и сходства. Эти отношенія постоянны, т. е. при однихъ и тѣхъ же обстоятельствахъ они бываютъ

---

[1]) Журн. гр. и уг. права 1884 г. кн. 3.

[2]) Льюисъ и Милль. Огюстъ Контъ и положит. философія пер. Неклюдова и Тиблена. Льюисъ. Философія наукъ О. Конта. С. П. Б 1867, стр. 42.

[3]) Ibid, Милль. Огюстъ Контъ и позитивизмъ стр. 13.

тѣже самыя. Постоянныя сходства, связывающія явленія, или та или другая постоянная послѣдовательность, ставящая ихъ въ опредѣленный порядокъ или какъ предъидущія или какъ послѣдующія въ отношеніи другъ къ другу—называются ихъ законами. Законы явленій—вотъ все, что мы знаемъ касательно явленій. Сущность ихъ природы, ихъ первичная, дѣятельная или конечная причина неизвѣстна и недоступна для насъ" [1]). Опредѣливъ такимъ образомъ задачу науки, великій основатель позитивизма показалъ по какому пути слѣдуетъ идти научнымъ изслѣдователямъ. Но формулируя такъ эту задачу, Контъ идетъ какъ бы противъ природы человѣческаго ума, противъ сродной человѣку пытливости, онъ какъ будто говоритъ: не спрашивайте „почему" происходятъ явленія—не дознаться вамъ этой причины; наука можетъ только отвѣтить на вопросъ „какъ" совершаются явленія. Это обвиненіе не совсѣмъ основательно. Контъ не отвергаетъ изученіе причинъ. Онъ отвергаетъ только вопросы о первоначальномъ происхожденіи и о дѣятеляхъ, отличныхъ отъ того, что называютъ причиною естественною. Онъ считаетъ недоступными для насъ только причины, которыя сами не суть явленія [2]). Слѣдовательно, вопросъ, почему происходитъ извѣстное явленіе, есть именно вопросъ, на который должна дать отвѣтъ наука, но она отвѣчаетъ фактомъ и предѣлы отвѣта ограничиваются лишь тѣмъ, насколько причиною можетъ быть выставленъ фактъ; если нѣтъ факта, такъ сказать причиннаго, то и наука должна поставить точку.

И такъ, задача науки—отысканіе законовъ. Когда найденъ законъ, говоритъ Кэри, гармонія и порядокъ заступаютъ мѣсто хаоса и мы, въ каждомъ явленіи, къ какой бы области знанія оно ни принадлежало, должны видѣть естественное слѣдствіе извѣстныхъ и опредѣленныхъ причинъ и предвидѣть возобновленіе того-же явленія въ случаѣ стеченія тѣхъ же самыхъ причинъ [3]).

Но что такое законъ? Какъ ни ясенъ, повидимому, хотя-бы изъ словъ Кэри, отвѣтъ на этотъ вопросъ, какъ ни безспорно самое опредѣленіе закона, въ смыслѣ правила, по которому неизмѣнно комбинируются извѣстныя явленія въ порядкѣ причинности—какъ ни ясно это, тѣмъ не менѣе, подробный анализъ понятія закона порождаетъ рядъ недоумѣній. Такъ одни, напр. проф. Пахманъ [4]), говорятъ, что законы и суть то, что называютъ обыкновенно принципомъ, т. е., начала, выводимыя изъ сопоставленія явленій. Другіе, напр. проф. Муромцевъ [5]) и Коркуновъ [6]) говорятъ, что эти понятія нельзя отождествлять, что принципъ есть тоже явленіе, т. е. нѣчто измѣняющееся, тогда какъ законъ неизмѣненъ. Оба эти мнѣнія и вѣрны и невѣрны, смотря потому, что̀ понимать подъ принципомъ. Намъ кажется, что принципъ есть вообще общая мысль, проходящая сквозь цѣлый рядъ явленій. Съ этой точки зрѣнія и законъ подходитъ подъ общее понятіе принципа; законъ, съ этой стороны есть тоже принципъ, но не всякій принципъ есть законъ. Принципъ, въ указанномъ общемъ смыслѣ, есть понятіе родовое; виды его суть: во 1-хъ, принципъ въ собственномъ смыслѣ, какъ начало руководящее, такъ сказать извнѣ приходящее, привходящее,—начало скорѣе искусства, дѣятельности, нравственности и т. п., чѣмъ науки. Принципъ, въ этомъ смыслѣ, есть нѣчто

---

[1]) Ibid, стр. 8.

[2]) Ibid, стр. 33.

[3]) Кэри. Руководство къ соціальной наукѣ, переводъ князя Шаховскаго. Спб. 1869, стр. 30.

[4]) Пахманъ. О соврем. движеніи въ наукѣ права. Спб. 1882, стр. 35.

[5]) Муромцевъ. Опредѣленіе и основное раздѣленіе права. Москва. 1879. стр. 15—18.

[6]) Коркуновъ. Наука права и естествознаніе. Журн. гр. и уг. права. 1879, кн. 3, стр. 162—163.

весьма измѣнчивое; онъ касается явленій, насколько они поддаются внѣшнему вліянію, измѣненію; явленія передѣлываются на извѣстный ладъ, даже создаются ради принципа; мы часто говоримъ принципъ *проводится*, т. е. явленіе приводится въ соотвѣтствіе съ извѣстною общею мыслью. Потому-то напр. въ естественныхъ и математическихъ наукахъ, въ логикѣ, въ соціологіи, нѣтъ принциповъ, а есть законы, тогда какъ въ политикѣ, нравственности и т. п. нѣтъ законовъ, а есть лишь принципы. Очень часто принципы называются и законами; такъ напр. проф. Андреевскій [1]) полагаетъ, что извѣстный принципъ государственной политики: „въ тѣхъ случаяхъ, когда отдѣльное лицо собственными силами не можетъ создать благопріятныхъ условій безопасности и благосостоянія, на помощь должно явиться государство"—есть законъ. Это не законъ, а совѣтъ, даваемый политикою представителямъ государственной власти; это принципъ дѣятельности, правило искуства, сплошь и рядомъ нарушаемое. Въ 2-хъ, видомъ принципа является законъ, это — тоже общая мысль, проходящая сквозь группу явленій; но она не извнѣ прикладывается къ явленіямъ, а заключается въ постоянномъ ихъ соотношеніи; провести законъ нельзя, онъ самъ себѣ пролагаетъ путь; можно проявленіе его задержать; можно создать рядъ неблагопріятныхъ условій для его проявленія. Возьмемъ законъ физики: „тѣло, приведенное въ движеніе, должно двигаться до тѣхъ поръ, пока не будетъ остановлено". Тутъ во всѣхъ случаяхъ коль скоро задано движеніе, тѣло движется. Нарушить этотъ законъ нельзя—можно лишь положить извѣстныя препятствія къ обнаруженію его, напр. задать движеніе тяжелому тѣлу по неполированной поверхности и т. д.

Дальнѣйшія недоумѣнія относительно понятія закона порождаетъ основной характеръ его — неизмѣнность. Этотъ характеръ отнюдь не можетъ быть выведенъ изъ логической конструкціи закона. Каждый законъ выражается въ формѣ, говоря языкомъ логики, гипотетическаго сужденія [2]); всегда законъ формулируется такимъ образомъ: „*если* или *когда* имѣетъ мѣсто то-то, *то* наступаетъ то-то". Если станемъ на исключительно логическую точку зрѣнія, то каждое гипотетическое сужденіе — будетъ неизмѣнный законъ. Нѣтъ, неизмѣнный характеръ закона науки имѣетъ свое основаніе не въ формальной логикѣ. Хотя каждый законъ есть гипотетическое сужденіе, но не всякое гипотетическое сужденіе есть законъ. Неизмѣнность научнаго закона лучше назвать неизбѣжностью или, по крайней мѣрѣ, подъ неизмѣнностью понимать неизбѣжность. При данныхъ условіяхъ — въ силу закона науки — только и можетъ наступить данное послѣдствіе; уже другаго, противуположнаго, наступить не можетъ. Въ области науки возможны такія явленія, которыя находятся въ причинной связи, но причинная связь эта не неизбѣжна—ее можетъ и не быть. Понятно, положеніе, выражающее эту связь, не будетъ закономъ. Обыкновенно, и Контъ и др. неизбѣжность научнаго закона называютъ постоянствомъ, но постоянство указываетъ болѣе на моментъ времени дѣйствія закона (законъ дѣйствуетъ *всегда*, когда имѣются извѣстныя условія), чѣмъ на необходимость его дѣйствія (законъ дѣйствуетъ *непремѣнно*, когда имѣются извѣстныя условія). — Понятно само собою, что неизмѣнность или неизбѣжность закона, выражающаго собою постоянство отношенія явленій, отнюдь не предполагаетъ тѣхъ-же свойствъ и относительно самыхъ явленій. Неизмѣнныхъ явленій — нѣтъ; никто не можетъ поручиться, что завтра земля перестанетъ вращаться вокругъ оси; но пока она вращается, день будетъ смѣняться ночью.

---

[1]) Андреевскій. Полицейское право. Спб. 1874, кн. I, стр. 17.

[2]) Дитесъ. Практическая логика—пер. Запольскаго. Спб. 1873. стр. 62. Beck. Grundriss der empir. Psychologie und Logik. Stuttgart, 1869. S. 109.

Позитивисты, говоря о наукѣ, не забыли и соціологіи. Наука эта, „имѣющая своимъ предметомъ интересы людей“, „занимающаяся отношеніями человѣка къ человѣку, т. е. изучающая соціальныя явленія“ [1]), есть наука въ полномъ смыслѣ слова, ибо она изслѣдуетъ законы соціальныхъ явленій. Явленіе вообще есть всякій отдѣльный предметъ, воспринимаемый нашими чувствами — соціальное явленіе есть фактъ, наблюдаемый нами въ области совмѣстной жизни людей. Потому то и соціологія должна быть понимаема въ весьма широкомъ смыслѣ, въ смыслѣ науки о законахъ, управляющихъ совмѣстною жизнью людей или тѣмъ, что называется соціальнымъ строемъ. Опредѣленія, обыкновенно даваемыя этой наукѣ, кажутся намъ слишкомъ частными, такъ сказать предрѣшительными. То говорятъ, что она занимается изученіемъ законовъ „продолжительности соціальнаго строя“, то — законовъ „прогресса“ [2]), то — законовъ „дѣятельности человѣка“ [3]). Вводя въ опредѣленіе науки идею продолжительности соціальнаго строя, мы предрѣшаемъ вопросъ объ исчезновеніи государствъ (Августинъ); вводя идею прогресса — предрѣшаемъ тотъ вопросъ, который именно подлежитъ разрѣшенію путемъ индуктивнымъ; говоря же о дѣятельности человѣка, какъ о предметѣ науки, мы становимся скорѣе на почву искусства, чѣмъ науки.

Изслѣдуя законы явленій совмѣстной жизни людей, соціологія идетъ, и должна идти, тѣмъ путемъ, какимъ идутъ и всѣ другія науки; ея законы должны отличаться тѣмъ же неизмѣннымъ характеромъ, каковой присущъ и законамъ явленій міра физическаго. Всматриваясь въ эти соціальныя явленія, мы видимъ постоянное комбинированіе ихъ въ порядкѣ причинности (или какъ, не совсѣмъ точно, говорятъ: измѣненіе ихъ). Постоянство ихъ комбинированія замѣчается и тутъ и выражается въ формѣ гипотетическаго сужденія, въ формѣ закона, закона неизбѣжнаго. Понятно, однако, что неизбѣжность закона и тутъ не требуетъ неизбѣжности самого явленія,—факты совмѣстной жизни людей чрезвычайно разнообразны и измѣнчивы; но покуда факты эти существуютъ, законъ остается въ своей силѣ. Въ этомъ то и заключается достоинство позитивной соціологіи:—ея истина не абсолютна, въ смыслѣ вѣчности, а абсолютна въ смыслѣ постоянства. Исчезло явленіе, переродилось человѣчество, народились новыя явленія,—ея законы потеряли значеніе, ибо они имѣютъ силу лишь въ предположеніи данныхъ явленій. Когда осуществится pium desiderium соціализма и міръ будетъ устланъ асоціаціями, то и экономическій законъ установленія цѣнъ, вѣроятно, потеряетъ свою силу...

Соціологи-позитивисты совершенно основательно не упускаютъ изъ виду двухъ точекъ зрѣнія на соотношеніе соціальныхъ явленій — статическую и динамическую. Съ первой точки зрѣнія, соотношеніе соціальныхъ явленій изслѣдуется безотносительно, безразлично ко времени; со второй—во времени; иначе: соціальныя явленія изслѣдуются или въ сосуществованіи ихъ или въ преемственности. Наука, изслѣдующая условія сосуществованія соціальныхъ явленій, есть соціальная статика; преемственность — соціальная динамика. Конечно, между законами той и другой по содержанію, ничего общаго быть не можетъ. Соціальная статика изслѣдуетъ—при какихъ условіяхъ совмѣстная жизнь людей существуетъ, какъ комбинируются соціальныя явленія въ порядкѣ причинности, но причинность здѣсь есть причинность внутренняя, касающаяся самаго содержанія явленій. Напримѣръ законъ Кэри: чѣмъ разнообразнѣе занятія людей, составляющихъ данное общество, тѣмъ болѣе проявляется въ нихъ индивидуализмъ [4]); или законъ Конта: умственныя и прав-

[1]) Кэри н. с. стр. 33.
[2]) Милль н. с. стр. 81.
[3]) Кэри н. с. стр. 61.
[4]) Кэри н. с. стр. 50.

ственныя силы все болѣе и болѣе стремятся къ управленію обществомъ,— суть законы статики [1]). Соціальная динамика болѣе формальна; она изслѣдуетъ законы преемственности формъ соціальныхъ явленій: —при какихъ условіяхъ одна форма переходитъ въ другую во времени, какъ комбинируются явленія въ порядкѣ причинности, но причинность тутъ есть преемственность *формъ*. Напримѣръ законъ: начальное умственное состояніе человѣка, являющееся въ видѣ чистаго фетишизма, т. е. тенденціи воображать всѣ окружающія тѣла одушевленными жизнью, сходной съ нашей — смѣняется простымъ политеизмомъ, т. е. тенденціею, что извѣстные боги завѣдываютъ извѣстнымъ родомъ явленій [2]) и др.

Теперь перейдемъ къ той отрасли человѣческихъ знаній, которую величайшіе соціологи нашего вѣка, Контъ, Милль, Льюисъ, Спенсеръ и др. не удостоили своимъ вниманіемъ. Я говорю о наукѣ права. Оставляя въ сторонѣ авторовъ разныхъ брошюръ о позитивизмѣ въ правѣ, можно сказать, что изъ соціологовъ-позитивистовъ, давшихъ цѣльныя соціальныя системы, одинъ Кэри упомянулъ и о наукѣ права. Начертивъ „древо наукъ", онъ удѣлилъ вторую снизу вѣтвь *соціальнымъ наукамъ*, подраздѣляющимся *на науку права* и *политическую экономію* [3]). Упомянувъ о нашей юриспруденціи, Кэри уже болѣе къ ней не возвращается, а излагаетъ въ сущности одну политическую экономію.

Если соціологія изучаетъ законы совмѣстной жизни людей или, какъ говорятъ, отношенія человѣка къ человѣку, то въ область ея вѣдѣнія непремѣнно должны входить тѣ отношенія людей, которыя имѣютъ свои специфическіе признаки и именуются отношеніями юридическими.—Безъ ограниченія свободы отдѣльнаго лица въ пользу другихъ, совмѣстная жизнь невозможна, т. е. невозможно именно то, чѣмъ занимается соціологія. Въ предѣлахъ установившейся грани человѣкъ проявляетъ свободно свою индивидуальность,— пользуется извѣстными средствами для достиженія своихъ цѣлей, которыя могутъ быть разнообразны до безконечности и до неуловимости. Взглянувъ съ точки зрѣнія этой ограниченности, съ одной стороны, и свободы дѣятельности человѣка, съ другой, на общество, мы видимъ, что каждый членъ общества обязанъ не стѣснять другихъ въ достиженіи ихъ цѣлей и, въ свою очередь, достигая своихъ цѣлей, не долженъ переходить за предѣлы предоставленной ему свободы. Эта мѣра свободы есть право... [4]). Мѣра эта, по отношенію къ отдѣльнымъ лицамъ, есть возможность проявлять во внѣ свою волю, дѣйствовать или требовать дѣйствій отъ другихъ; возможности требовать дѣйствій всегда соотвѣтствуетъ необходимость дѣйствовать со стороны другихъ лицъ, иногда отрицательно—не мѣшать дѣйствовать, иногда положительно—совершить именно такое то дѣйствіе. Эта возможность проявлять во внѣ свою волю и требовать дѣйствій отъ другихъ лицъ, есть право, а соотвѣтствующая ему необходимость дѣйствовать, положительно или отрицательно, — обязанность. Связь лицъ, изъ коихъ одно имѣетъ возможность дѣйствовать, а другое— должно дѣйствовать, и есть отношеніе юридическое; иначе: юридическимъ будетъ то отношеніе, въ которомъ одно лицо господствуетъ, другое же или другія подчиняется. Юридическое господство и подчиненіе—вотъ специфическіе признаки юридическихъ явленій. Нечего и говорить, что эти господство и подчиненіе являются съ чисто принудительнымъ характеромъ. Нравственное господство и подчиненіе характеризуютъ явленія совсѣмъ иного порядка, явленія нравственныя. Юридическое господство, есть господство, осущест-

---

[1]) Льюисъ н. с. стр. 299, 362.

[2]) Льюисъ н. с. стр. 293.

[3]) Кэри н. с. стр. 16.

[4]) Пахманъ н. с. стр. 23,

вляемое принудительнымъ путемъ; юридическое подчиненіе, есть подчиненіе вынуждаемое, обязанность принудительная. Наблюдая жизнь народовъ, ихъ соціальный строй, убѣждаешься въ неизбѣжносси этого принудительнаго элемента. Безчисленные интересы, цѣли, заставляющія отдѣльнаго человѣка дѣйствовать, требовать дѣйствій отъ другихъ, соединяться съ другими лицами и дѣйствовать или требовать дѣйствій отъ другихъ, отъ общаго, безличнаго имени (юридическія лица, не исключая и государство) — достигаются и удовлетворяются различными средствами; разнообразіе этихъ цѣлей и интересовъ кладетъ свой отпечатокъ и на средства достиженія и удовлетворенія ихъ. Одно изъ главныхъ средствъ есть принужденіе, исходящее въ начальныя эпохи жизни общества отъ самаго лица, которому другіе препятствуютъ въ достиженіи его цѣли, въ удовлетвореніи его интересовъ; въ послѣдующія же эпохи принужденіе это исходитъ отъ государственной власти.

Эти-то юридическія отношенія представляются или въ простой формѣ, или въ формѣ сложной. Простая форма ихъ есть право, какъ предоставленная лицу возможность совершать извѣстныя, опредѣленныя дѣйствія, или требовать извѣстнаго, опредѣленнаго дѣйствія отъ другихъ; напр. право распоряженія, пользованія, право на доставленіе вещи, оказаніе услуги и т. п.; сложная же форма есть соединеніе простыхъ формъ, въ одномъ комплексѣ, въ то, что называется въ наукѣ институтомъ, напр. купля-продажа, собственность, дареніе и т. п. Жизнь вырабатываетъ эти комплексы, наука изслѣдуетъ, какъ увидимъ ниже, не только ихъ, но и простѣйшую форму права или отношенія.

Наука права или юриспруденція, изучая описанныя юридическія явленія, т. е. отношенія, является, конечно, какъ и думаетъ Кэри, отраслью соціологіи. Но чтобы удостоиться чести называться наукою, какъ ее понимаютъ позитивисты, надо показать, что и ея задача есть отысканіе неизмѣнныхъ, неизбѣжныхъ законовъ, въ коихъ выражаются соотношенія юридическихъ явленій въ порядкѣ причинности. Иначе и быть не можетъ: самый объектъ науки какъ-бы указываетъ на то, что юриспруденція имѣетъ полное основаніе считаться наукою. Пользуется-ли она этимъ правомъ?

Юридическія явленія или отношенія, какъ и всѣ соціальныя явленія, могутъ быть разсматриваемы съ двухъ точекъ зрѣнія—динамической и статической. Соотвѣтственно этому, юридическая наука распадается на юридическую динамику, изслѣдующую законы преемственности юридическихъ явленій и юридическую статику, изучающую законы сосуществованія этихъ явленій. Какія же это двѣ, какъ будто новыя отрасли старой юриспруденціи?—Если мы назовемъ имена двухъ русскихъ юристовъ, представителей этихъ двухъ отраслей права, то будетъ понятно въ чемъ суть каждой изъ этихъ отраслей. Я говорю о профессорахъ Цахманѣ и Муромцевѣ. Сопоставленіемъ этимъ я не хочу отождествлять значенія этихъ ученыхъ: первый сдѣлалъ замѣчательное открытіе, привелъ въ ясное сознаніе то цѣнное, чтó дѣлается въ наукѣ въ теченіе столѣтій и тѣмъ показалъ по какому пути должна идти научная работа въ будущемъ, второй—внесъ лишь долю самостоятельности во взглядъ на то, чтó должно быть дѣлаемо, признавая ничтожность всего доселѣ сдѣланнаго.

Различіе юридической статики и динамики не нужно упускать изъ виду. Это необходимо уже потому, что законы той и другой, какъ и законы соціальной статики и динамики, ничего общаго, кромѣ объекта изслѣдованія (юридическія явленія), не имѣютъ. Различіе между ними тоже, что между законами политической экономіи и законами экономическаго роста общества [1]).

---

[1]) Различіе это рѣзко проведено К. Менгеромъ въ его замѣчательномъ соч. Unters. über die Methode der Socialwissenchaft. Wien. 1882.

Начнемъ съ юридической динамики. Въ этой отрасли юридической науки имена Іеринга и Штейна занимаютъ несомнѣнно видное мѣсто; но за ними идетъ рядъ диллетантовъ въ наукѣ—имя имъ легіонъ—желавшихъ тоже сказать свое слово въ пользу науки, но неудачно. Процессъ образованія, развитія права—вотъ вопросъ, который задали себѣ Іерингъ и Штейнъ. Это направленіе въ наукѣ права нашло себѣ талантливаго представителя и у насъ. Являясь выразителемъ мнѣній историко-философской школы, проф. Муромцевъ, по пріемамъ и даже способу выраженія, болѣе остальныхъ приближается къ соціологамъ—позитивистамъ. Онъ такъ опредѣляетъ задачу науки права: ей надлежитъ изучать законы развитія той области соціальныхъ явленій, которыя извѣстны подъ именемъ права. При отсутствіи одного идеальнаго правоваго состоянія и при частой смѣнѣ *формъ* общественной и юридической жизни, наука должна открыть законы, по которымъ происходитъ означенная смѣна [1]); она изучаетъ тотъ порядокъ, въ которомъ происходитъ комбинація различныхъ элементовъ юридической жизни, производящихъ въ исторіи (юридическіе) институты [2]), ибо каждое отдѣльное правоопредѣленіе образуется, какъ историческое явленіе, закономѣрнымъ взаимодѣйствіемъ условій образованія права — свойствъ человѣка (его потребностей и способностей), общественнаго организма и внѣшней обстановки ихъ дѣятельности [3]). Законы юридической динамики, т.-е. того, что проф. Муромцевъ, слишкомъ обще, называетъ наукою права, выражаютъ собою постоянное соотношеніе юридическихъ явленій, какъ историческихъ фактовъ, или между собою или между ними и ихъ условіями и послѣдствіями. Съ этой точки зрѣнія, закономъ юридической динамики будетъ напр.: „въ жизни каждаго народа, періоду свободнаго развитія правовыхъ идей предшествуетъ періодъ формализма“, или „извѣстныя измѣненія въ гражданскомъ оборотѣ сопровождаются признаніемъ преступности обмана“, или „юриспруденція образованнаго общества склонна предполагать въ каждомъ лицѣ добросовѣстность“ и т. п. Эти законы юридической динамики означаютъ, или, что извѣстный родъ явленій всегда предшествуетъ другому ихъ роду, или, что извѣстныя явленія сопровождаются всегда другими извѣстными явленіями. Законы эти неизмѣнны, такъ же какъ и всѣ законы науки; они указываютъ на то, что есть въ силу природы человѣка, общества и міра, они стоятъ надъ человѣческою дѣятельностью, нарушеніе ихъ свыше человѣческихъ силъ—критика ихъ не имѣетъ смысла; при данныхъ условіяхъ, причинахъ, данное послѣдствіе можетъ и должно наступить; самое большее, что мы можемъ, это — устранить или задержать наступленіе послѣдствія путемъ нѣкотораго воздѣйствія на эти условія; располагая иначе причины, можно достигнуть иныхъ результатовъ, но нельзя уничтожить самое дѣйствіе причинъ [4]). Изъ этой характеристики юридической динамики, дѣлаемой проф. Муромцевымъ, видно, что любой изъ позитивистовъ признаетъ эту отрасль юридической науки — вѣтвью соціологіи, наукою въ полномъ смыслѣ слова. Какъ въ соціологіи, въ тѣсномъ смыслѣ, т.-е. за выдѣленіемъ юриспруденціи, по словамъ Кэри [5]), еще ни одного закона не открыто, такъ и въ юридической динамикѣ ихъ еще надо открыть, если не считать тѣхъ законовъ, весьма бѣдныхъ содержаніемъ, которые нами приведены со словъ проф. Муромцева. Самъ проф. Муромцевъ, поставивъ вопросъ, открыты ли юридическіе законы, не отвѣчаетъ прямо: да или нѣтъ, но говоритъ лишь, что наука подготовила нѣкоторый запасъ свѣдѣній о законахъ явленій, что она обладаетъ нѣкото-

[1]) Муромцевъ. Опредѣленіе и осн. разд. права стр. 14.

[2]) Муромцевъ. Очерки общей теоріи гражд. права ч. 1. Москва. 1877, стр. 196.

[3]) Ibid стр. 315—3 5.

[4]) Муромцевъ. Опредѣленіе стр. 17—18.

[5]) Кэри н. с. стр. 31.

рымъ запасомъ знаній о законахъ развитія явленій [1]), т.-е. выходитъ, что самихъ-то законовъ еще нѣтъ, но несомнѣнно когда-нибудь да будутъ же открыты...

Но г. Муромцеву уже не разъ было поставлено въ укоръ то, что онъ ограничиваетъ область юриспруденціи одною юридическою динамикою; онъ не признаетъ юридической статики, называемой имъ догмою. Но быть можетъ онъ сливаетъ статику съ динамикою и понимаетъ подъ нею не то, что самъ называетъ догмою, а нѣчто другое? Нѣкоторыя его положенія могутъ быть истолкованы въ томъ смыслѣ, что онъ признаетъ задачею науки права не только изученіе законовъ преемственности, но и законовъ сосуществованія юридическихъ явленій; напр. онъ говоритъ, что наука должна опредѣлять отношенія, въ которыхъ *состоятъ правовыя явленія между собою* къ явленіямъ другихъ группъ и къ прочимъ условіямъ и факторамъ общественной жизни. Эти-то законы отношеній правовыхъ явленій *между собою* и могли бы быть понимаемы какъ законы юридической статики. Это не вѣрно. Намъ кажется, что постоянное упоминаніе г. Муромцевымъ того, что законы юридическіе суть законы историческаго развитія права и его институтовъ, даетъ основаніе думать, что онъ стоитъ только за законы юридической динамики. Если же онъ говоритъ о законахъ соотношенія правовыхъ явленій между собою, то и тогда не имѣетъ въ виду законовъ статики. Юридическая динамика изучаетъ институты въ порядкѣ ихъ преемственности; преемственность эта совершается благодаря вліянію различныхъ общественныхъ факторовъ на правовыя явленія, причемъ 1) результатомъ этого вліянія можетъ быть перерожденіе одного правоваго явленія въ другое или 2) одно правовое явленіе можетъ вліять на другое, ибо и оно есть общественный факторъ. Въ этихъ друхъ случаяхъ и сказывается двоякое отношеніе юридическсхъ явленій, какъ историческихъ фактовъ, между собою: одно переходитъ въ другое, одно вліяетъ на другое. Но развѣ можно сказать, что законы этого перехода и вліянія, суть законы статики? Развѣ указывая на эти законы, мы отрѣшаемся отъ мѣста и времени? Вѣдь тутъ собственно отношеніе между явленіями только и имѣетъ значеніе въ смыслѣ ихъ преемственности. Статика совершенно игнорируетъ эту преемственность и потому уже, что она имѣетъ дѣло съ простѣйшими формами права, какъ отдѣльнаго правоотношенія, совершенно безотносительно къ тѣмъ бытовымъ институтамъ, которые слагаются изъ этихъ правъ и изучаются въ динамикѣ во времени, въ порядкѣ преемственности. Статика, изслѣдуя законы сосуществованія явленій, только и можетъ оперировать надъ этими простѣйшими формами, беря ихъ изъ жизни всѣхъ народовъ, всѣхъ временъ. Если захотимъ вывести хоть какой-нибудь законъ сосуществованія *иститутовъ*, то абсолютно не можемъ не обращаться къ тѣмъ соціальнымъ факторамъ, которыми вызваны эти институты.

Но проф. Коркуновъ полагаетъ, что проф. Муромцевъ стоитъ не исключительно на почвѣ юридической динамики, но иногда становится на почву статическую. „Наука права, говоритъ онъ, не должна ограничиваться объясненіемъ только развитія права. Законы развитія опредѣленной группы явленій нельзя считать единственными законами этой группы явленій. На ряду съ законами движенія явленій, наука должна выяснять и законы недвижнаго ихъ существованія, на ряду съ динамическими и законы статическіе. Нѣтъ основанія, почему бы изученіе и объясненіе правовыхъ явленій должно было сводиться исключительно къ изученію *развитія* ихъ“ [2])? Все это совершенно справедливо, но совершенно несправедливо то, что проф. Муромцевъ свое изслѣдованіе „Опредѣленіе и осн. рздѣленіе права“ посвятилъ „ничему иному,

[1]) Муромцевъ. Опредѣленіе стр. 20.

[2]) Коркуновъ н. с. стр. 164.

какъ выясненію свойствъ правовыхъ явленій, совершенно оставляя въ сторонѣ изслѣдованіе порядка смѣны явленій" (принциповъ). Выходитъ будто бы у г. Муромцева рѣчь идетъ и о юридической статикѣ. Это невѣрно уже потому, что, не говоря о другихъ трудахъ его, гдѣ статическая точка зрѣнія рѣшительно осуждается, названное изслѣдованіе посвящено опредѣленію права, т.-е. вопросу, по существу относящемуся и къ статикѣ и динамикѣ. Что же касается цѣли изслѣдованія этого вопроса и общаго его научнаго освѣщенія, то отнюдь нельзя сказать, что г. Муромцевъ признаетъ статическіе законы права. Онъ ставитъ себѣ цѣлью (и соотвѣтственно этому и освѣщаетъ весь вопросъ) установить понятіе гражданскаго права или найти обобщеніе, которое дало бы научное начало классификаціи; а обобщеніе это гласитъ: гражданскій правовый порядокъ есть *ступень* послѣдовательнаго *развитія* соціальнаго порядка вообще [1]) и т. д. Изъ этихъ положеній уже очевидно, что г. Муромцевъ и тутъ стоитъ на почвѣ динамической и въ этомъ отношеніи послѣдовательнѣе самого г. Коркунова, который высказывается даже въ пользу сліянія юридической статики съ юридическою динамикою. Къ чему можетъ привести это сліяніе достаточно рельефно показалъ проф. Пахманъ, въ своемъ вышеупомянутомъ сочиненіи. Словомъ, всѣ указанія на то, будто бы проф. Муромцевъ не отрицаетъ и статической точки зрѣнія, совершенно неосновательны. Онъ хотя часто и смѣшиваетъ эту точку зрѣнія со своею, но дѣлается это невольно; сознательно же онъ не признаетъ юридическую статику наукою, погрѣшая тѣмъ, конечно, противъ позитивизма. И таковы почти всѣ приверженцы юридической динамики.

Перейдемъ къ юридической статикѣ. Уже выше было показано, что законы сосуществованія юридическихъ *институтовъ* не могутъ быть установлены внѣ мысли о развитіи ихъ во времени. Наука — читай: юридическая динамика,—говоритъ г. Муромцевъ, изслѣдуетъ, главнымъ образомъ, правовые институты, но не отношенія. Мысль безусловно вѣрная. Отысканіе же и изслѣдованіе законовъ сосуществованія юридическихъ явленій или законовъ статики, возможны лишь по отношенію къ отдѣльнымъ субъективнымъ правамъ. Только они, а никакъ не институты, могутъ быть отрѣшены отъ времени, только о ихъ постоянномъ, однообразномъ соотношеніи можно говорить независимо отъ тѣхъ соціальныхъ факторовъ, которые на нихъ воздѣйствуютъ. Только институты имѣютъ свои опредѣленные соціальные факторы, которые на нихъ воздѣйствуютъ, напр., вызываютъ ихъ, содѣйствуютъ ихъ развитію, гибели и т. п. Напрасно стали бы мы искать такихъ факторовъ относительно простѣйшихъ формъ права, правъ субъективныхъ, ибо часто одно и тоже право входитъ въ составъ совершенно различныхъ институтовъ, находящихся подъ воздѣйствіемъ совершенно различныхъ соціальныхъ факторовъ.

Юридическая статика или юридическая теорія права, или юриспруденція въ собственномъ смыслѣ слова, имѣетъ своею задачею отысканіе и изслѣдованіе законовъ сосуществованія юридическимъ явленіямъ, гдѣ бы, когда бы они не существовали, въ смыслѣ отдѣльныхъ субъективныхъ правъ. Мы уже дали общую характеристику юридическихъ явленій,—это суть отношенія лицъ, въ которыхъ (отношеніяхъ) мы видимъ господство однаго и подчиненіе другаго лица. Всматриваясь въ бытъ народовъ, мы, изъ всей совокупности отношеній, вызванныхъ совмѣстною жизнью людей, можемъ выдѣлить эти юридическія отношенія (познаваемыя нами изъ законовъ и обычаевъ, сохранившихъ тотъ или другой видимый слѣдъ), которыя, конечно, какъ продукты жизни и ея потребностей, являются въ формѣ отдѣльныхъ институтовъ, напр., сервитуты, собственность, купля, заемъ, наслѣдство и т. д. Разлагая ихъ на отдѣльныя субъективныя права (это дѣло научной лабораторіи) и выдѣляя эти права

[1]) Муромцевъ н. с. § 15.

изъ состава отдѣльныхъ институтовъ, мы находимъ между ними всюду и вездѣ постоянныя, одинаковыя соотношенія—мы обобщаемъ эти отношенія и выражаемъ ихъ въ формѣ общаго положенія, закона. Чѣмъ удачнѣе мы примѣнимъ индукцію, чѣмъ болѣе общими являются эти отношенія правъ, тѣмъ отвлеченнѣе становится законъ, какъ правило даннаго соотношенія, и весьма часто правило это до того отвлеченно, что является въ формѣ закона общаго всѣмъ наукамъ, въ формѣ общаго логическаго правила. Понятно, что наука должна гордиться этими своими результатами. Такими положеніями являются напр., „въ большемъ содержится меньшее"; „нерезрывная часть цѣлаго испытываетъ на себѣ всѣ измѣненія, происходящія въ послѣднемъ"; „если данная цѣль можетъ быть достигнута лишь однимъ путемъ, то другимъ путемъ достигнута быть не можетъ" и т. п. Нечего и говорить, что эти общіе законы юридической статики суть неизмѣнные ея законы. Но этими общими законами не исчерпываютъ всѣ законы юридической статики. Она имѣетъ и свои, напр., „кто осуществляетъ свое право, тотъ никому не вредитъ"; „что изнача недѣйствительно, то не можетъ быть дѣйствительнымъ съ теченіемъ времени"; „никто не можетъ нарушить свое право" и т. п. (ниже мы укажемъ на двѣ группы этихъ законовъ). Справедливо замѣчаетъ проф. Пахманъ, что всѣ эти чисто юридическіе законы—суть законы соотношенія величинъ [1]). Вопросъ времени этими законами, конечно, вовсе не имѣется въ виду. Тоже самое надо сказать о соціальныхъ факторахъ, вліяющихъ на право. Все это такіе вопросы, до которыхъ юридической статикѣ дѣла нѣтъ.

Юридическая статика, особенно гражданское право, благодаря римскимъ юристамъ, располагаетъ богатымъ запасомъ законовъ. Если въ юридической динамикѣ еще нѣтъ законовъ, или они составляютъ pia disideria ученыхъ, то въ статикѣ они имѣются въ изобиліи. Что эти законы являются неизмѣнными законами науки, это внѣ сомнѣнія. Какъ нарушить любой хотя бы изъ выше перечисленныхъ нами законовъ? Это немыслимо. Не говоря уже объ общенаучныхъ, общелогическихъ законахъ, но даже спеціальные юридическіе не могутъ быть нарушены. Но какъ въ юридической динамикѣ, да и въ естественныхъ наукахъ, можно говорить о бездѣйствіи даннаго закона,—такъ и тутъ. Но бездѣйствіе это въ области явленій юридическихъ проявляется въ формѣ факта, противурѣчащаго закону. Законодатель, въ виду тѣхъ или другихъ соображеній, можетъ признать фактъ, изъ котораго видно, что данный законъ какъ бы кажется нарушеннымъ—на самомъ же дѣлѣ этого нарушенія нѣтъ. Сама жизнь создаетъ эти факты, но измѣнять закона она не можетъ. Проф. Пахманъ уже привелъ подобный фактъ относительно закона, что „законъ обратной силы не имѣетъ [2]). Можно привести сотни подобныхъ примѣровъ. Признавая фактъ, законодатель часто самъ указываетъ, при какихъ условіяхъ разсѣевается всякое сомнѣніе, будто бы законъ нарушенъ, несмотря на то, что повидимому онъ кажется нарушеннымъ. Законодатель не можетъ объявить, что возможно передать другому болѣе правъ, чѣмъ самъ имѣешь, но онъ можетъ указать, при какихъ условіяхъ такая передача чужаго можетъ стать дѣйствительною ex post, напр., при позднѣйшемъ согласіи обладателя. Понятно, что тутъ въ дѣйствительности, все-таки, до согласія передано было болѣе, чѣмъ передававшій имѣлъ, ибо переданное не перестало быть чужимъ: благодаря лишь согласію собственника чужое стало собственнымъ передающаго; на передачу чужого и до согласія, благодаря послѣднему и надо смотрѣть, какъ будто и до согласія было передано свое, а не чужое. Точно также законодатель не можетъ объявить, что то, что изначала было недѣйствительно, съ теченіемъ времени становится дѣйствительнымъ; но онъ можетъ указать на

[1]) Пахманъ н. с. 39.

[2]) Ibid. стр. 40.

средства, съ помощью которыхъ недѣйствительное обращается въ дѣйствительное; напр., онъ можетъ объявить, что согласіе совершеннолѣтняго на сдѣлки, совершенныя до вступленія въ совершенный возрастъ, дѣлаетъ сдѣлку дѣйствительною; и тутъ, благодаря согласію, предполагается, что оно имѣло силу и въ моментъ заключенія сдѣлки. Законъ, очевидно, не нарушенъ.

Эти неизмѣнные законы юридической статики, по одной уже логической конструкціи своей, какъ законы, являются конечно въ формѣ гипотетическаго сужденія; гипотеза есть условіе, причина, тезисъ—послѣдствіе. Если пока, несмотря на обиліе статическихъ законовъ, трудно сказать, какъ лучше группируются отдѣльные законы, по общимъ ли условіямъ (гипотезамъ) или общимъ послѣдствіямъ (тезисамъ), но несомнѣнно, что возможна группировка по послѣдствіямъ; а именно: послѣдствія эти суть—возникновеніе права, его бытіе, измѣненіе, охраненіе и прекращеніе. Полагаемъ, что такая группировка вытекаетъ изъ характера юридической статики, а также изъ того, что въ ней идетъ рѣчь о субъективныхъ правахъ, которыя имѣютъ свое внутреннее развитіе по пяти указаннымъ ступенямъ. Проф. Пахманъ совершенно основательно говоритъ, что каждое юридическое отношеніе, разсматриваемое субъективно, имѣетъ свою исторію [1]). Эта мысль стоитъ, однако, въ его сочиненіи внѣ связи съ юридическими законами. Если связать ее съ ними, то получимъ, что всѣ законы юридической статики суть или законы возникновенія, или законы бытія, или измѣненія, или охраненія, или прекращенія правоотношенія или права.

Но извлекши законы и даже сгруппировавъ ихъ, юридическая статика тѣмъ еще не отыгриваетъ своей роли. Въ ней эти законы опять провѣряются, примѣняются къ тѣмъ институтамъ, надъ которыми дѣлалось наблюденіе. Къ тому, изъ чего путемъ индуктивнымъ законъ выведенъ, онъ дедуктивно примѣняется и тѣмъ самымъ провѣряется. Каждый институтъ есть ничто иное, какъ случай, къ которому примѣняются законы статики. Какъ простѣйшія формы правъ, такъ и комплексы этихъ правъ, институты, возникаютъ, существуютъ, измѣняются, охраняются и прекращаются; къ каждому изъ этихъ моментовъ внутренней исторіи института примѣняются соотвѣтствующіе каждому изъ нихъ законы, ибо въ каждомъ изъ моментовъ института мы находимъ все тѣ же права. Такое примѣненіе статическихъ законовъ къ институтамъ права служитъ провѣркою закона, насколько онъ вѣрно выведенъ. Возьмемъ примѣръ: заемное правоотношеніе. Въ юридическомъ быту мы видимъ, что лица вступаютъ между собою въ соглашеніе, въ силу коего извѣстная вещь переходитъ отъ одного къ другому въ собственность; въ нѣкоторыхъ изъ нихъ переходятъ въ собственность замѣнимыя вещи; между послѣдними отношеніями находимъ и такія, когда вещи эти отданы съ тѣмъ, чтобы взявшій возвратилъ, черезъ нѣкоторое время, одинаковое количество этихъ вещей и того же качества. Это то правоотношеніе, когда предметомъ его являются деньги, именуется займомъ. Юридическій характеръ займа очерчивается, въ основныхъ своихъ чертахъ, слѣдующимъ образомъ: для возникновенія займа необходимы— а) дѣйствительность соглашенія, б) правоспособность субъектовъ, в) право распоряженія въ лицѣ заимодавца и г) передача вещи. Юридическое отношеніе сторонъ заключается въ правѣ заимодавца требовать возвращенія вещи въ срокъ. Прекращается заемъ исполненіемъ. Какіе же законы статики примѣняются къ займу, иначе, провѣряются на немъ? Они суть слѣдующіе: 1) Дѣйствіемъ двухъ волей можетъ быть произведено данное право, когда каждая изъ нихъ истина и лична, и когда обѣ онѣ совпадаютъ. 2) Кто имѣетъ право на цѣлое, имѣетъ право на часть, въ него входящую. 3) Нельзя передать другому такое право, котораго самъ не имѣешь. 4) Возвратить можно лишь то, что получилъ.

---

[1]) Пахманъ н. с. стр. 45.

5) Дабы данное право считалось правомѣрно существующимъ, оно должно соотвѣтствовать своему содержанію. 6) Если надлежащимъ образомъ совершается дѣйствіе, являющееся объектомъ права, то право прекращается. Какъ же эти законы примѣнить къ займу? 1) Что касается перваго закона, то характеръ его, какъ закона, не можетъ подлежать сомнѣнію. Онъ состоитъ изъ двухъ законовъ; первый гласитъ: воля можетъ вызвать право лишь тогда, когда она истинна и лична. Не истинная и не личная воля никогда никакого права вызвать не могутъ. Если она не истинна, т.-е. направлена на нѣчто иное, чѣмъ то, что дѣйствительно желаетъ лицо ее выражающее, то это не его воля (заблужденіе, обманъ), это нѣчто безразличное въ данномъ случаѣ, и даннаго права вызвать не могло. Точно также, если она не личная воля лица, коему она приписывается, а чужая воля (насиліе), то она для даннаго права тоже значенія не имѣетъ. Второй законъ гласитъ: дѣйствіе двухъ волей можетъ вызвать данное право лишь въ томъ случаѣ, когда воли эти совпадаютъ. Если онѣ не совпадаютъ, то данное право, въ которомъ сливаются желанія двухъ лицъ, вызвано быть не можетъ. Если одна воля будетъ имѣть въ виду одно право, другая—другое, то совокупнымъ ихъ дѣйствіемъ, даннаго, т.-е. третьяго права, вызвано быть не можетъ. Примѣняя эти законы къ займу, получимъ первое условіе возникновенія займа—дѣйствительность соглашенія. 2) Что правило, противное тому, „кто имѣетъ право на цѣлое, имѣетъ право на входящую въ него часть“ немыслимо, не требуетъ доказательствъ. Но законъ этотъ въ примѣненіи къ отдѣльнымъ институтамъ имѣетъ весьма обширное значеніе. Для насъ, въ данномъ случаѣ, значеніе это слѣдующее. Цѣлое, о которомъ идетъ рѣчь въ этомъ законѣ, въ данномъ случаѣ, есть извѣстное количество юридическихъ отношеній, въ которыя лицо можетъ вступить; имѣя право вступленія въ наличное количество этихъ отношеній, напр. во всѣ или въ извѣстные договоры, лицо, конечно, должно имѣть право вступать въ каждое изъ нихъ. Такъ что, если данное отношеніе не входитъ въ это количество (правоспособность), то вступать въ него нельзя. Вотъ примѣненіе общаго закона ко второму условію возникновенія займа (правоспособность субъектовъ). 3) Передавать другому можно только столько правъ, сколько самъ имѣешь; все, что болѣе этого, то не можетъ находиться во власти передающаго и если фактически это возможно, то юридически немыслимо. Все, что сверхъ этого передано, не считается переданнымъ, т.-е. передача не влечетъ за собою юридическихъ послѣдствій таковой. Если заемъ есть случай предоставленія права распоряженія, то передатчикъ долженъ самъ имѣть это право; если онъ самъ его не имѣетъ, то и о передачѣ недѣйствительна, напр. если заемъ совершенъ in fraudem creditorum 4) Возвратить, значитъ дать обратно то, что получилъ; если не получилъ, то и возвратъ невозможенъ. Въ силу займа, занимающій обязуется возвратить вещь; понятно, что возвратить ее онъ можетъ лишь тогда, когда самъ ее получилъ. Вотъ четвертое условіе. 5) Данное право во все время своего бытія правомѣрно, если фактическое состояніе соотвѣтствуетъ его содержанію. Нарушеніе этого состоянія есть нарушеніе права. Это не требуетъ поясненія. Это—законъ (опредѣленіе) самый элементарный. Въ примѣненіи къ займу онъ выражается въ такой формѣ: содержаніе права заимодавца заключается въ томъ, что онъ можетъ въ срокъ требовать возврата; до срока бытіе права должно быть понимаемо абстрактно, какъ возможность, обусловленная временемъ; въ конкретное право оно обращается по истеченіи срока; до срока требовать заимодавецъ ничего не можетъ—но право его существуетъ; если онъ требуетъ, то нарушаетъ право заемщика. Таково приложеніе закона къ вопросу о юридическомъ отношеніи по займу. 6) Когда дѣйствіе, составляющее объектъ права, надлежащимъ образомъ совершено, то право прекращается; не прекратиться оно не можетъ; съ отпаденіемъ объекта, т.-е. благодаря

отсутствію дѣйствія, въ составѣ юридическаго отношенія остаются только субъекты., а юридическая ихъ связь порвана, ибо никто *ничего* не можетъ требовать, никто *ничего* не обязанъ совершить. Въ примѣненіи къ займу получается положеніе: когда заемщикъ уплатилъ долгъ, заемъ прекращается.— На этомъ то примѣрѣ и видно, что законы юридической статики, извлеченные изъ юридическаго быта, къ нему-же и прилагаются, путемъ ихъ и уясняется юридическій строй общества со статической точки зрѣнія.

Провѣренный, такимъ образомъ, на институтѣ, законъ статики, оказавшійся вѣрнымъ качественно, конечно, долженъ быть равенъ тому положенію, въ которомъ выражается постоянство явленій въ данномъ случаѣ и на которомъ онъ провѣренъ и слѣдовательно изъ котораго выведенъ. Но количественно, по объему, эти положенія разумѣется не покрываютъ другъ друга; напр. законъ; „если совершено дѣйствіе, являющееся объектомъ права, то и право прекращается", и положеніе: „если вещь отданная взаймы возвращена, то право на полученіе ея прекратилось"; качественно между этими положеніями различія нѣтъ, но есть разница количественная: въ первомъ имѣется въ виду право вообще, во второмъ—право по займу. Въ виду того, что и второе положеніе есть продуктъ обобщенія ряда юридическихъ явленій, хотя и даннаго рода, и представляется положеніемъ неизмѣннымъ, конечно и оно можетъ быть названо закономъ. Но количественное отличие его отъ общаго закона заставляетъ признать его закономъ прикладнымъ, выводнымъ. Несамостоятельное, зависимое значеніе этихъ законовъ очевидно: они всегда могутъ быть редуцированы къ болѣе общему закону.—Подобныхъ законовъ мы находимъ въ изобиліи въ области естественныхъ наукъ, напр. положеніе: „всѣ тѣла притягиваются къ землѣ" будетъ общимъ закономъ, а положеніе: „тѣло ничѣмъ не поддерживаемое падаетъ на землю" или „тѣло поддерживаемое давитъ на тѣло его поддерживающее", будутъ законами прикладными, выводными.

Признавая законы юридической статики неизмѣнными, мы, однако, далеки отъ мысли отождествлять эти законы съ законами, исходящими отъ государственной власти, обычаями и другими юридическими нормами, какъ это дѣлаетъ напр. Цительманъ [1]) Измѣняемость послѣднихъ необходима; въ этомъ и прогрессъ соціальный; но, насколько показалъ опытъ, отношенія между правами не измѣняются; нарождаются новые институты, къ которымъ одинаково примѣнимы всѣ до того извѣстные законы статики. Рождается вопросъ объ отношеніи положительнаго права къ законамъ юридической статики. Какъ уже было сказаню выше, положительное право есть часть матеріала, изъ наблюденія котораго. путемъ индуктивнымъ, извлекаются правила постояннаго соотношенія правъ—законы статики. Но независимо отъ того, законы статики могутъ быть цѣликомъ приняты даннымъ законодательствомъ; напр, въ саксонское уложеніе 1863 г. внесены даже общіе логическіе законы въ отдѣлъ „о правахъ". Главнѣйшее же значеніе эти законы получаютъ, если они вѣрно выведены, при изслѣдованіи самого положительнаго права вообще или права даннаго народа. Тутъ законы провѣряются на жизненныхъ явленіяхъ, на отдѣльныхъ институтахъ даннаго права; къ нимъ примѣняется, какъ говоритъ проф. Пахманъ, общая теорія права, т.-е. система законовъ юридической статики, служитъ „методологическимъ фундаментомъ изслѣдованія даннаго права". И тутъ, въ частности, можно сказать, откуда законы статики извлечены индуктивно, туда они дедуктивно прилагаются. Законодательство данной страны разсматривается въ юридической статикѣ какъ *примѣръ*, на которомъ провѣряются и которымъ подтверждаются ея законы. Понятно, что каждый

---

[1]) Zitelmann. Gewohnheitsr. und Irrthum въ Archiv f. die civ. Pr. 1883. B. 66, 450 и слѣд.

примѣръ можетъ имѣть свои индивидуальныя черты, быть своеобразнымъ выразителемъ закона—это національная черта законодательства, на которую юридическая статика не посягаетъ. Понятно, хотя законы эти извлекаются изъ наблюденія надъ юридическими явленіями, гдѣ бы и когда бы они ни существовали, но примѣняемы они могутъ быть къ тому или другому національному праву, въ тотъ или другой моментъ его историческаго развитія; они могутъ быть на немъ провѣряемы.

При такомъ воззрѣніи на юридическую статику кажутся по меньшей мѣры странными тѣ два крайнихъ, противуположныхъ взгляда на такъ наз. догматику, т. е. статику и ея приложеніе къ національному праву,—изъ коихъ, по одному, вся юриспруденція заключается въ изученіи даннаго дѣйствующаго права [1]), по другому — въ изученіи законовъ историческаго развитія права [2]). О первомъ нечего говорить, ибо признавать юриспруденцію систематическимъ описаніемъ даннаго юридическаго быта равносильно ея отрицанію; второй же заслуживаетъ разсмотрѣнія. У насъ такое мнѣніе высказалъ проф. Муромцевъ, а за нимъ идетъ плеяда мелкихъ публицистовъ-диллетантовъ. Что такому воззрѣнію эти „писатели“ очень обрадовались, это понятно. Юридическая статика наука чрезвычайно трудная и подобно математикѣ не можетъ быть популяризирована; какъ работы математическія понятны лишь математикамъ, такъ и изслѣдованія по юридической статикѣ доступны лишь спеціалистамъ. Иного сорта наука—юридическая динамика: она интересна и понятна всякому; публика ее понимаетъ. Но развѣ эта популярность есть признакъ научности? Признакъ этотъ никакой роли въ вопросѣ о степени научности играть не можетъ. Однѣ науки, напр. исторія, психологія и т. п., такого свойства, что понятны всякому, другія же — напр. математика, философія, астрономія не могутъ быть общепонятны, не могутъ служить для легкаго чтенія. Этой популярностью и объясняется большой успѣхъ юридической динамики въ обществѣ, въ публикѣ, и та готовность, съ какою бросились въ ея объятія публицисты-диллетанты, съ крикомъ: вотъ она настоящая наука, вотъ она настоящая юриспруденція, другой быть не можетъ!... Ни одного выдающагося имени въ средѣ упразднителей юридической статики назвать нельзя. Могутъ сказать: закаленые юристы-догматики не могутъ освободиться отъ предразсудка, отъ вкоренившейся привычки видѣть всю юриспруденцію въ этой догматикѣ. Прежде всего замѣтимъ, что едва ли какой догматикъ признаетъ, что вся юридическая наука исчерпывается одною юридическою статикою. Догматики, въ противоположность приверженцамъ юридической динамики, того мнѣнія, что статика и динамика двѣ области науки права. Въ видѣ примѣра можно сослаться на Пахмана и Іеринга. Первый доказываетъ глубокое различіе между этими двумя отраслями и признаетъ, что обѣ онѣ идутъ параллельно одна съ другой. Второй приверженецъ юридической динамики принадлежитъ къ замѣчательнѣйшимъ догматикамъ; онъ не мало работалъ, на каѳедрѣ и въ журналистикѣ, на поприщѣ догматики, посвящая свои досуги и динамикѣ. Что касается силы предразсудка и привычки, будтобы заставляющихъ держаться догматическаго направленія, то стоитъ назвать имя одного изъ нашихъ ученыхъ догматиковъ, чтобы убѣдиться въ ложности этого объясненія. Кажется К. Д. Кавелинъ принадлежалъ къ числу людей, свободныхъ отъ всякихъ предразсудковъ, а между тѣмъ онъ несомнѣнно догматикъ; и г. Муромцевъ поставилъ ему въ укоръ, что въ сочиненіи его „Права и обязанности“, нѣтъ и слѣдовъ соціально-научной точки зрѣнія [3]). Можно не соглашаться съ воззрѣніемъ проф. Кавелина на гражданское право,

[1]) Schmidt. Die Reception des röm. Rechts. Berlin. 1868.

[2]) Муромцевъ. Опред. стр. 14 и др.

[3]) Муромцевъ. Опред. стр. 217.

но тѣмъ не менѣе надо признать, что въ этомъ воззрѣніи, какъ и во всемъ сочиненіи, главное орудіе юридической статики, distinguere, привело автора даже къ схематизму; онъ не признаетъ дѣленія права на частное и публичное потому, что нельзя достаточно рѣзко разграничить эти области; онъ дѣлитъ обязательства на невозможныя категоріи; схематизмъ тутъ доведенъ до крайности: основаніемъ классификаціи служатъ не какіе-либо существенные признаки, дающіе основаніе крупнымъ группамъ, а признаки мелкіе, причемъ игнорируются крупные. Тѣмъ не менѣе, К. Д. Кавелинъ приверженецъ юридической статики, ибо 1) какъ бы то ни было, онъ даетъ логическую систему юридическихъ отношеній; строго логическая система есть непремѣнный результатъ анализа юридическихъ явленій съ такъ наз. мною статической точки зрѣнія; это не цѣль, къ достиженію которой слѣдуетъ стремиться во чтобы то ни стало, но неизбѣжный результатъ статическаго изученія юридическихъ явленій. Извлекая законъ, мы беремъ извѣстныя явленія, производимъ надъ ними диференцированіе и интегрированіе, а дѣлая это мы не только находимъ общія свойства и соотношенія, но и систематизируемъ. 2) К. Д. Кавелинъ въ своемъ анализѣ стоитъ на чисто субъективной почвѣ; онъ разсматриваетъ юридическія отношенія, не какъ институты, созданные дѣйствіемъ соціальныхъ факторовъ, а какъ субъективныя права, сочетаніе коихъ онъ находитъ въ каждомъ институтѣ; въ общей части его разбросана масса законовъ юридической статики, причемъ онъ группируетъ эти законы по однородности тезисовъ, послѣдствій (установленіе и прекращеніе, содержаніе и охраненіе юридическихъ отношеній), а не по однородности гипотезъ, условій (см. выше). Затѣмъ, эти законы примѣняются къ отдѣльнымъ институтамъ, тоже по моментамъ ихъ развитія. Хотя при выполненіи своей задачи г. Кавелинъ примѣняетъ только законы, выработанные наукою гражданскаго права, въ смыслѣ права частнаго, и примѣняетъ ихъ лишь къ институтамъ частнаго права — институты публичнаго права, такъ сказать, стоятъ въ сторонѣ, къ нимъ не примѣняются и для нихъ не имѣютъ никакого значенія законы, изложенные въ общей части, но тѣмъ не менѣе, если выбросить изъ его сочиненія всѣ институты публичнаго права, то получимъ конспектъ руководства гражданскаго права, изложеннаго съ точки зрѣнія юридической статики, получимъ на нѣмецкій ладъ написанное сочиненіе по догмѣ русскаго гражданскаго права.

Словомъ, не предразсудкомъ, не привычкою къ старинѣ объясняется приверженность ученыхъ къ догматикѣ или юридической статикѣ, а пониманіемъ ея научнаго значенія. Пытливый, любознательный умъ человѣка не можетъ ограничиться изученіемъ общественныхъ явленій въ ихъ историческомъ развитіи, со стороны ихъ образованія, путемъ вліянія на нихъ различныхъ соціальныхъ факторовъ. Мы видимъ извѣстныя тождественныя явленія всюду находимъ опредѣленное, постоянное ихъ соотношеніе, независимо отъ преемственности во времени. Что же, отвернуться отъ этихъ фактовъ, фактовъ постояннаго, неизмѣннаго соотношенія? Если такъ разсуждать, то придется вычеркнуть изъ цикла наукъ одну изъ замѣчательнѣйшихъ и плодотворнѣйшихъ — политическую экономію, и приняться лишь за изысканіе законовъ историческаго развитія экономическихъ явленій. Политическая экономія есть по преимуществу отрасль соціальной статики. То историческое въ ней направленіе, которое было внесено Рошеромъ, лишь упрочило ея выводы, ибо она нынѣ черпаетъ факты изъ жизни всѣхъ временъ и народовъ; она не изыскиваетъ законовъ преемственности формъ хозяйственныхъ явленій, но отыскиваетъ законы ихъ сосуществованія, каковы напр. законы народонаселенія, земельной ренты, установленія цѣнъ и т. п. Необходимость такъ наз. нами юридической статики понимаютъ многіе и изъ нашихъ ученыхъ, напр. проф. Коркуновъ, какъ видно изъ вышеприведенныхъ словъ его. Онъ придаетъ законамъ дѣйствія права на субъектъ его, т. е. статикѣ, важное зна-

ченіе. Но онъ, къ сожалѣнію, впадаетъ въ рядъ противорѣчій; въ одномъ сочиненіи, называя то, что мы называемъ статикою, „догмою", признаетъ ее наукою, въ другомъ—не только низводитъ ее до степени классификаціи, системы, группировки въ пространствѣ, но и совѣтуетъ ее пока оставить; разъ выходитъ, что въ научномъ изложеніи надо совмѣстить статику съ динамикою, а въ другой—упразднить; разъ статическое изученіе права входитъ въ задачи, науки, въ другой разъ—это изученіе есть классификація, группировка [1]) Оставляя въ сторонѣ первое противорѣчіе, обратимся ко второму.—Неужели задачею науки можетъ быть классификація, группировка? По истинѣ жалки тѣ науки, которыя только классифицируютъ, систематизируютъ, группируютъ. Мы сказали выше, что система является необходимымъ результатомъ изученія юридическихъ явленій съ точки зрѣнія статической. Извлекая изъ явленій законы статики или примѣняя ихъ къ анализу самыхъ явленій, мы—да позволено будетъ такое сравненіе—разматываемъ клубокъ также, какъ замотали его. Заматывая, мы должны диференцировать и интегрировать явленія и получаемъ классификацію, группы; разматывая — мы получимъ ту же классификацію, тѣ же группы. Эти группы, эта классификація, система, есть результатъ нашихъ изысканій и во всякомъ случаѣ нѣчто внѣшнее. И проф. Пахманъ, сказавъ, что законы юридической теоріи права, т. е. по нашему статики, суть законы системы, далъ совершенно напрасно поводъ думать, что вся эта юридическая теорія и есть теорія системы,—если мы вѣрно диференцировали явленія и вѣрно ихъ интегрировали, ради-ли извлеченія законовъ (индукція) или ради ихъ примѣненія (дедукція), то, не заботясь о системѣ, неизбѣжно ея достигнемъ.

Не только желаніе избѣжать односторонности въ изученіи юридическихъ явленій заставляло признать изученіе юридической статики необходимымъ; тутъ были и практическія соображенія. Высокая, сравнительно съ юридическою динамикою, степень развитія юридической статики, какъ науки, объясняется способностью статическихъ законовъ служить жизненнымъ цѣлямъ. Мы сказали выше, что законы статики могутъ быть провѣряемы на любомъ національномъ законодательствѣ. При этой провѣркѣ обыкновенно и излагается данное законодательство цѣликомъ. Отдѣльныя его положенія (какъ мы видѣли въ примѣрѣ займа) являются ничѣмъ инымъ, какъ приложеніемъ, конкретнымъ выраженіемъ общаго закона (эти общіе законы обыкновенно излагаются въ общихъ частяхъ гражданскаго права, а приложеніе ихъ находимъ въ особенной части). Вполнѣ сознательное отношеніе къ догмѣ стало возможно лишь теперь, послѣ появленія труда проф. Пахмана. Теперь уже не одна любознательность и примѣнимость статики къ жизни заставляетъ работать, а сознаніе общности интересовъ и задачъ юриста, съ интересами и задачами другихъ работниковъ на поприщѣ единой науки.

Ученые и публицисты, непонимающіе существа юридической статики, называютъ ее, одни—искусствомъ, другіе—схоластикою. Презрительное отношеніе къ ней дошло до того, что ради успѣха въ публикѣ распространяется фактъ завѣдомо ложный, будто бы догматика и на западѣ потеряла уже всякую цѣну. Мало того, догматика вытѣсняется изъ числа образовательныхъ средствъ юриста. Остановимся нѣсколько на этихъ курьезахъ. Прежде всего, догматику называютъ искусствомъ, т. е., точнѣе, законоисскуствомъ. Вѣрно ли это? Нѣтъ ли тутъ смѣшенія понятій? Очевидно есть: смѣшеніе статики съ герменевтикой, т. е. искусствомъ толкованія закона. Къ такому смѣшенію привела общность нѣкоторыхъ общихъ положеній той и другой. Мы уже выше сказали, что юридическая статика можетъ похвалиться не малымъ количе-

---

[1]) Коркуновъ. Наука права и естесгвознаніе, стр. 43, 47 и Его же. О научномъ изученіи права, стр. 167—167 и сл.

ствомъ такихъ законовъ, которые общи ей съ другими науками, напр., естественными; законы эти имѣютъ общее логическое значеніе. Эти-то общіе законы, какъ законы логическіе, имѣютъ значеніе и при истолкованіи мыслей частнаго лица или законодателя. Съ другой стороны, указанное смѣшеніе вызвано, вѣроятно, и практическимъ значеніемъ статики, выражающимся въ примѣненіи ея законовъ къ научному анализу того или другого законодательства. Насколько толкованіе закона есть уразумѣніе существа тѣхъ юридическихъ явленій, о которыхъ въ немъ идетъ рѣчь, настолько герменевтика является средствомъ юридической статики, средствомъ, при помощи котораго происходитъ, какъ предварительный процессъ группировки явленій, для изысканія законовъ, такъ и послѣдующій процессъ группировки, для примѣненія ихъ. При толкованіи закона мы исходимъ отъ буквы его и доходимъ до мысли законодателя. Это есть искусство, т.-е. приложеніе законовъ логики; пріемы этого приложенія и излагаются въ герменевтикѣ. Законовъ герменевтики нѣтъ и быть не можетъ — это суть законы логики. Толкованіе закона—есть искусство, имѣющее свою теорію. Статика же юридическая сама извлекаетъ законы и затѣмъ можетъ примѣнить ихъ къ юридическимъ институтамъ, даже къ данному законодательству, съ цѣлью ихъ провѣрки. Герменевтика имѣетъ своею цѣлью истолкованіе законодательства; юридическую статику можно построить помимо всякаго законодательства, лишь бы былъ какой-либо матеріалъ для ознакомленія съ юридическими явленіями. Всякое искусство есть приспособленіе къ жизни,—но если отыскивается неизмѣнный законъ явленій и законъ этотъ провѣряется, то тутъ ни о какомъ приспособленіи не можетъ быть рѣчи.

Далѣе, называютъ юридическую статику или догматику схоластикою. Говорятъ, она страдаетъ схоластическою односторонностью, есть „отвлеченная схоластика". Наши юристы иногда обзываютъ такъ всю юриспруденцію. Какое незнакомство съ исторіею науки вообще и науки права въ частности! Схоластическимъ назывались господствовавшее въ западной наукѣ XIII и XIV ст. направленіе, представители котораго въ своихъ изслѣдованіяхъ исходили отъ извѣстныхъ verba sacra своихъ учителей, представителей школъ, и углублялись исключительно въ эти verba: необходимымъ послѣдствіемъ такого пріема было продѣлываніе чисто формально-логическихъ операцій по опредѣленнымъ схемамъ; схема была начертана—оставалось наполнять и дополнять ее. Схоластиками, какъ извѣстно, были постглоссаторы Дурантисъ, Бартолусъ, Бальдусъ и др.; они изслѣдовали не римское право непосредственно, а глоссы, написанныя къ римскому праву ихъ учителями. Реакціею противъ этого направленія явилась разработка подлинныхъ источниковъ римскаго права, нечуждая критицизма. Уже изъ этого видно, что между юридическою статикою и схоластикой ничего общаго быть не можетъ.

Во всѣхъ нападкахъ на юридическую статику или догматику, выпадаетъ немало презрительныхъ эпитетовъ на долю бѣдныхъ римскихъ юристовъ. Многія обстоятельства вызываютъ и поддерживаютъ такое незаслуженное къ нимъ отношеніе. Главнѣйшія изъ нихъ суть: незнакомство съ ихъ работами и трудность ихъ изученія. Римскіе юристы первые стали трудиться на поприщѣ юридической статики. Обладая замѣчательною наблюдательностью и замѣчательною логикою, они изучали юридическія явленія большею частью не изъ законовъ, а изъ самой жизни непосредственно (аргументъ въ пользу независимости юридической статики отъ законодательства) и, стоя на почвѣ субъективной, первые въ высшей степени удачно подмѣтили постоянство между юридическими явленіями и вывели не мало статическихъ законовъ, назвавъ ихъ regulae juris (D. de div. reg. jur. ant. 50. 17), которые и примѣняли къ отдѣльнымъ институтамъ. Съ ихъ легкой руки и пошла плодотворная работа юридической мысли,—работа, которая замѣчательно успѣшно идетъ и посей-

часъ во всѣхъ цивилизованныхъ государствахъ. Одного ознакомленія съ критическимъ отдѣломъ такихъ журналовъ, какъ Archiv für civil. Praxis, Revue critique de la legislat. et jurispr., Law Magazine, Archivio giuridico за последніе годы, достаточно, чтобы убѣдиться, что работа эта продолжается. Высказываются иногда противъ догматики, но все это такъ ничтожно, такъ мизерно, что общему теченію не мѣшаетъ. А если иной ученый и принимается за вопросы юридической динамики, то это больше такъ, на гулянкахъ. Прочное будущее за догматикою также обезпечено, какъ несомнѣнна ея прочность въ настоящее время. Положенное римскими юристами основаніе стоитъ твердо. На западѣ хорошо понимаютъ, что Америку открывать уже болѣе не приходится; что изученіе науки права надо начать съ римскаго права.—Римскіе юристы уже много сдѣлали, открыли много законовъ юридической статики, и, не изучивъ ихъ, рискуешь потратить безплодно не мало силъ на отысканіе того, что давно уже найдено. Сознаніе того, что римскіе ученые сдѣлали уже много замѣчательныхъ открытій, заставляетъ западныхъ юристовъ не жалѣть труда на изученіе хотя бы уцѣлѣвшихъ въ пандектахъ отрывковъ изъ ихъ сочиненій. Знакомясь съ этими сочиненіями подъ руководствомъ переведеннаго на всѣ языки Савиньи или другого авторитетнаго ученаго, они составляютъ себѣ точное представленіе о тѣхъ научныхъ заслугахъ, которыя принадлежатъ отдѣльнымъ школамъ и отдѣльнымъ ученымъ древняго Рима. Затѣмъ, они переходятъ къ изученію новѣйшей науки, сначала римскаго, а затѣмъ и отечественнаго права. На Западѣ не боятся этого труда. Такая трудная и скучная для начинающихъ наука, какъ юридическая статика, изучается основательнѣйшимъ образомъ. У насъ боятся труда и думаютъ, какъ бы отъ него отдѣлаться подъ благовиднымъ предлогомъ; а предлоговъ не мало. Замѣчательнѣйшіе римскіе юристы жили отъ Августа до III стол. Они наблюдали жизнь своего отечества. Строй ихъ отечества коренньмъ образомъ отличался отъ нашего—у насъ: желѣзныя дороги, векселя, фонды, телефоны и пр., у нихъ—ничего подобнаго, но за-то рабство, домашнее и политическое и т. п. Понятно-де, что нашъ юридическій бытъ не похожъ на ихъ бытъ, и слѣдовательно и ихъ право для насъ никакого-де значенія имѣть не можетъ. Несмотря на кажущуюся убѣдительность этихъ соображеній, мы рѣшительно возстаемъ противъ самой мысли о негодности римской науки для современности. Въ нашъ просвѣщенный вѣкъ имѣется не мало такихъ бытовыхъ явленій, юридическихъ институтовъ, какихъ не было у римлянъ; у римлянъ не мало такихъ, какихъ, къ счастью, нѣтъ уже у насъ. Но мы выше сказали, что каждый институтъ есть лишь комплексъ, особое сочетаніе простѣйшихъ формъ права; комплексы же ихъ образуются подъ вліяніемъ различныхъ соціальныхъ факторовъ; въ разное время различные институты. У римлянъ не было авторскаго права, у насъ нѣтъ рабства; но субъективныя права остались тѣ же самыя, осталось неизмѣнное ихъ соотношеніе; остались тѣ же законы юридической статики; какъ у насъ, такъ и у нихъ нельзя было передавать болѣе правъ, чѣмъ самъ имѣешь; у насъ авторъ не можетъ передать право воспроизведенія сочиненія, въ которомъ $^1/_2$ выкрадена изъ другаго сочиненія; у нихъ нельзя было продать чужаго раба. Право собственности на раба тоже, что и право собственности автора. Римскій юристъ, анализируя природу какого-нибудь обязательства, беретъ для примѣра право на доставленіе раба Стиха или Памфилія и ведетъ свой анализъ лучше иного современнаго юриста, берущаго право на доставленіе сочиненій Милля или Бокля. Различіе бытовыхъ основъ для юридической статики не имѣетъ ровно никакого значенія. Другимъ благовиднымъ предлогомъ отдѣлаться отъ труда изученія римскаго права является мысль, что у насъ никогда не дѣйствовали римскіе законы. Собственно говоря, ихъ и въ Римѣ-то было не особенно много, и тѣ, которые были до Юстиніана, не имѣютъ особеннаго значенія для юридической статики. Что же ка-

сается пандектовъ, то ихъ какъ законы разсматривать нельзя; — хотя эти отрывки изъ сочиненій ученыхъ были утверждены Юстиніаномъ и тѣмъ обратились въ формальный законъ, тѣмъ не менѣе они все-таки остались сочиненіями ученыхъ. Развѣ на Западѣ римское право разрабатывается потому, что оно было реципировано? Ничуть не бывало, оно разрабатывается потому, что имѣетъ внутреннее значеніе, какъ *наука* права.

---

## II.

## Позитивизмъ, метафизика и римское право [1]).

По поводу критико-полемической замѣтки г. Муромцева: „Что такое догма права" въ Юрид. Вѣстн. 1884. № 4, стр. 759—765.

Въ особой замѣткѣ, написанной по поводу перваго моего этюда, г. Муромцевъ дѣлаетъ мнѣ рядъ возраженій. Возраженія эти такого свойства, что не даютъ мнѣ основанія отказаться ни отъ одного изъ высказанныхъ въ этюдѣ положеній.

Главнѣйшее изъ его возраженій заключаются въ томъ, что я будто-бы игнорирую *программу позитивнаго изслѣдованія гражданскаго права*. Съ изложенія этой программы г. Муромцевъ и начинаетъ свою замѣтку,—съ разсмотрѣнія ея и я начну этотъ этюдъ. Отъ всякой программы извѣстнаго научнаго направленія требуется прежде всего объективность: въ ней не должно быть ничего такого, что не является общепризнаннымъ даннымъ направленіемъ; вносить въ нее субъективные взгляды нельзя; наконецъ, если она излагается ученымъ, то предполагается, что самъ онъ для себя признаетъ ее обязательною. Когда она удовлетворяетъ этимъ условіямъ, то конечно отступленія отъ нея могутъ быть поставлены въ укоръ лицу, причисляющему себя къ данному направленію. Этимъ условіямъ программа позитивнаго изслѣдованія *гражданскаго права* г. Муромцева не удовлетворяетъ. Въ ней попадаются такія мысли, которыя не могутъ быть приняты ни однимъ позитивистомъ—мысли нерѣдко рѣшительно противурѣчащія собственнымъ взглядамъ г. Муромцева; и все это снабжается вводнымъ предложеніемъ „какъ извѣстно", т.-е. сообщается, какъ нѣчто, если не установившееся, то по крайней мѣрѣ не требующее особыхъ поясненій. Разсмотрю эту программу по частямъ и покажу, могъ ли г. Муромцевъ упрекать меня въ игнорированіи ея Г. Муромцевъ, начавъ съ совершенно основательнаго заявленія, что подъ вліяніемъ позитивизма стали изслѣдовать законы юридическихъ явленій и самое правовѣдѣніе должно было стать отдѣломъ соціологіи, говоритъ, что „какъ вообще законы соціологіи, такъ и законы правовѣдѣнія были бы законами сосуществованія (*статика*) и преемственности (*динамика*)" (стр. 759). Дѣйствительно, соціологи позитисты не-юристы, какъ и я упомянулъ въ своемъ этюдѣ, вносятъ въ программу позитивнаго изслѣдованія и несомнѣнно признаютъ различіе статической точки зрѣнія отъ динамической; и я доказываю, что мысль эта входитъ въ программу позитивнаго изслѣдованія права. Такъ что эта часть программы по существу совершенно правильна, и я остановлюсь на ней лишь потому, что на нее указываетъ мнѣ цивилистъ, ее игнорирующій. Г. Муром-

---

[1]) Журн. гр. и уг. права. 1887 г., кн. 5.

цевъ ни въ одномъ изъ своихъ сочиненій не высказалъ мысли о различіи двухъ упомянутыхъ точекъ зрѣнія. Даже самыя слова „сосуществованіе", „преемственность", „статика" и „динамика" не упоминаются въ его сочиненіяхъ. Въ моемъ этюдѣ я упрекнулъ г. Муромцева въ томъ, что онъ не признаетъ статики юридической и тѣмъ грѣшитъ противъ позитивизма (стр. 106). Вдругъ теперь въ замѣткѣ мысль о юридической статикѣ, какъ области права, вносится въ програму позитивнаго изслѣдованія и меня же упрекаютъ въ томъ, что я отступилъ отъ этой программы. Это покажется неожиданностью не мнѣ одному, такъ какъ не я одинъ именно такъ понялъ воззрѣніе г. Муромцева. Сошлюсь на проф. Н. М. Коркунова, который о г. Муромцевѣ прямо говоритъ: „нельзя ограничиться выясненіемъ одной смѣны юридическихъ явленій; на ряду съ законами движенія явленій, наука должна выяснить и законы недвижнаго ихъ существованія, на ряду съ динамическими и статическіе законы. Къ этому приходятъ *волей-неволей* и *самые рѣшительные* приверженцы *исключительно* историко-научнаго изученія права. Такъ г. Муромцевъ" и т. д. Затѣмъ указывается на то, что иногда и г. Муромцевъ становится на статическую почву, т.-е. невольно отступаетъ отъ своего исключительно историческо-динамическаго взгляда на права. (Наука права и естествознаніе (стр. 164). Я въ этомъ послѣднемъ пунктѣ не согласенъ съ г. Коркуновымъ (стр. 104) и изложилъ уже свои соображенія, но, какъ бы то ни было, изъ словъ его видно, что и онъ признаетъ г. Муромцева самымъ рѣшительнымъ приверженцемъ *исключительно* историческаго изученія права.— Г. Муромцевъ, какъ бы поясняя эту часть программы, высказываетъ далѣе мысль, изъ которой все-таки опять видно, что онъ на самомъ дѣлѣ и по сейчасъ не признаетъ статической точки зрѣнія. Онъ говоритъ: *„только путемъ совмѣстнаго изученія законовъ сосуществованія и преемственности познается развитіе"* (стр. 762). Этой мысли моего почтеннаго оппонента я придаю особенно важное значеніе Ни одинъ соціологъ-позитивистъ въ общемъ смыслѣ не сознавался въ томъ, что законы сосуществованія изучаются для познанія развитія; это, дѣйствительно, какъ показано будетъ ниже, больное мѣсто позитивной программы вообще; но всѣ соціологи - позитивисты различаютъ или лучше, сказать, стараются различить *„развитіе"* отъ *„сосуществованія"*. „Развитіе" и „преемственность" отождествляются, но оба различаются отъ „сосуществованія", и Д. С. Милль въ своей Логикѣ признаетъ только законы преемственности —законами развитія, движенія (т. 2, стр. 497). Если при извлеченіи законовъ сосуществованія, какъ говорятъ всѣ позитивисты, мы отвлекаемся отъ „движенія", то какъ же мы можемъ, не впавъ въ противорѣчіе, сказать, что движеніе это *познается* по законамъ сосуществованія; если бы это было такъ, то пришлось бы признать, что эти законы сосуществованія не суть таковые, а суть законы тоже развитія, движенія, какъ бы особый видъ ихъ. Эта, неосторожно привоненная г. Муромцевымъ, мысль и есть въ сущности то, что я доказываю относительно его воззрѣнія, а именно, что его законы соотношенія *между явленіями* (нынѣ, въ замѣткѣ, впервые названные законами статики) суть законы не статики, а динамики, развитія въ чемъ мой почтенный оппонентъ теперь волей-неволей и сознается. Но къ этому вопросу я еще вернусь. Пока достаточно сказать, что эта часть программы не удовлетворяетъ упомянутымъ выше требованіямъ.

Иду дальше по программѣ. Г. Муромцевъ говоритъ: „соціологія не смѣшивается съ исторіею; исторія, не то-же самое, что динамика; исторія даетъ только *матеріалъ*, изъ дальнѣйшей переработки котораго получаются динамическіе и статическія законы" (стр. 759). Я сомнѣваюсь чтобы въ программу позитивизма можно было вносить такой устарѣвшій взглядъ на исторію. Позволяю себѣ указать на несомнѣнно авторитетнаго ученаго, проф. Сергѣевича, ученаго. стоящаго на высотѣ современныхъ требованій. Пусть онъ намъ

скажетъ: есть ли различіе между соціологіею, точнѣе динамикою, и исторіею, есть-ли исторія сводъ матеріала? Стоитъ раскрыть его „Лекціи и изслѣдованія по исторіи русскаго права“ и имѣть въ виду, что всѣ ученые опредѣляютъ соціологію, какъ науку, изучающую жизнь человѣческихъ обществъ, а соціальную динамику,—какъ науку занимающуюся раскрытіемъ законовъ развитія человѣческихъ обществъ, чтобы отвѣтить на этотъ вопросъ. На первой же страницѣ „лекцій“ читаемъ что задача исторіи есть раскрытіе законовъ развитія человѣческихъ обществъ. Далѣе проф. Сергѣевичъ говоритъ о „явленіяхъ общественной жизни“ объ „общественномъ бытѣ“, какъ предметѣ историческаго изученія и т. д. Очевидно, слѣдовательно, что исторія его и есть то, что соціологи называютъ динамикою. Онъ приводитъ весьма резонныя соображенія противъ ограниченія задачи исторіи однимъ собираніемъ матеріала. Да и кто же нынѣ смотритъ такъ на исторію? Мнѣ теперь приходятъ на память слова предшественника проф. Сергѣевича по каѳедрѣ, который проводилъ различіе между исторіею и исторіею права: задача первой, говорилъ онъ,—собираніе матеріала; задача второй—научныя объясненія хода развитія цѣлаго народа въ государствѣ. То было время, теперь—другое: исторія сдѣлала большіе успѣхи; теперь она и есть соціальная динамика.

Далѣе, въ своей программѣ г. Муромцевъ указываетъ на мѣсто, которое должно быть отведено догмѣ права. Тутъ дается догмѣ такое опредѣленіе: „догма есть систематическое изложеніе началъ *дѣйствующаго права* какой либо страны *въ какое либо время*“ (стр. 759). И это положеніе въ такой формѣ едва ли можетъ быть внесено въ позитивную программу, какъ нѣчто извѣстное, ибо г. Муромцевъ въ сочиненіи своемъ: „Общая теорія гражд. права“ говоритъ не совсѣмъ то. „Догматикъ, говоритъ онъ, долженъ имѣть въ виду *нестолько* передачу *существующаго порядка*, чѣмъ удовлетвореніе потребности ближайшаго *будущаго*“ (стр. 81). По моему, одно изъ двухъ: или догматикъ изображаетъ настоящее или онъ выставляетъ извѣстныя положенія на будущее время. Если догматикъ только описываетъ настоящее, то ему не зачѣмъ имѣть въ виду потребности будущаго; если же онъ говоритъ о будущемъ, то онъ не описываетъ исключительно настоящее. Можно спорить о томъ, который изъ двухъ взглядовъ г. Муромцева вѣрнѣе—но во всякомъ случаѣ ни тотъ, ни другой не можетъ быть внесенъ въ програму [1]).—Затѣмъ, характеризуя въ своей программѣ догму г. Муромцевъ говоритъ, что она „опредѣляетъ, обобщаетъ и систематизируетъ“ и что будто бы этимъ отличается отъ науки. Эти положенія поясняются далѣе на стр. 763, гдѣ Муромцевъ, повторяя ихъ, говоритъ: „т.-е. догма занимается тѣми процесами, которые излагаются обыкновенно въ началѣ логики и которые не имѣютъ ничего общаго съ изслѣдованіемъ законовъ“. Это такое положеніе, которое не только не можетъ быть внесено въ програму, но даже едва ли требуетъ опроверженія. Отличаться указанными г. Муромцевымъ пріемами догма отъ науки не можетъ уже потому, что всѣ науки опредѣляютъ, обобщаютъ и систематизируютъ; всѣ онѣ занимаются тѣми процесами, которые излагаются въ логикѣ. Не только извлеченіе и изслѣдованіе законовъ науки, но и всякое проявленіе умственной дѣятельности есть ничто иное, какъ продѣлываніе тѣхъ процесовъ, которые излагаются не только въ началѣ, но въ серединѣ

---

[1]) Взглядъ г. Муромцева, высказанный, не въ программѣ конечно, а въ упомянутомъ сочиненіи, весьма вѣренъ и объясняетъ почему статическіе законы, формулированные 18 столѣтій тому назадъ римскими юристами, имѣютъ значеніе и теперь; въ этомъ мой почтенный оппонентъ сходится, напр. съ Зоомомъ, который приписываетъ, совершенно основательно, римскимъ юристамъ замѣчательную способность установлять такіе научные, по нашему статическіе законы, которые далеки отъ воспроизведенія исключительно существующаго порядка. Sohm Instit. des röm. Rechts. Leipzig. 1884. S. 46, 47.

и концѣ логики. Но г. Муромцевъ, далѣе, еще поясняетъ свою мысль. Онъ говоритъ, что „въ догмѣ нѣтъ индукціи, а есть обобщеніе *предложеній*" (подчеркнуто въ подлинникѣ стр. 763). Вдумываясь въ это положеніе, приходишь къ тому, что оно, съ одной стороны, весьма условно; съ другой—грѣшитъ противъ логики. Извѣстно разногласіе между Миллемъ и Уэвеллемъ по вопросу объ индукціи. Милль, въ противность Уэвеллю не признаетъ „суммированіе" индукціею; г. Муромцевъ, не оговоривъ это, примыкаетъ къ Миллю и противопоставляетъ индукціи „суммированіе", назвавъ его просто обобщеніемъ. Съ другой стороны, „предложенію" онъ придаетъ совершенно произвольную роль въ логическихъ процесахъ. Рѣшающаго значенія оно, какъ форма, въ выборѣ логическихъ процесовъ, имѣть не можетъ. Индукція остается тою же индукціею будемъ ли мы обобщать явленія, какими они намъ представляются до облеченія нашей мысли въ форму предложенія, изрѣченія или послѣ того. Все предложеніе, всѣ его основные элементы (подлежащее, сказуемое) имѣются въ нашемъ представленіи еще до облеченія мысли во внѣшнюю форму. Вѣдь предоженіе есть лишь внѣшняя форма—различие это слѣдовательно чисто формальное. Индукція есть логическій процессъ, независимый отъ того, облечено ли въ ту или другую форму то, что подлежитъ обобщенію. Слѣдовательно нельзя, не погрѣшая противъ логики, сказать: индукціи нѣтъ тамъ, гдѣ то, надъ чѣмъ она оперируетъ, уже выражено въ формѣ предложенія. Но я догадываюсь, что хотѣлъ сказать мой почтенный оппонентъ Онъ хотѣлъ сказать: догма суммируетъ (въ смыслѣ Милля) предложенія, извнѣ ей данныя, въ общія предложенія. Если именно это хотѣлъ сказать г. Муромцевъ, то возражаю: во 1-хъ, да позволено будетъ мнѣ принять не взглядъ Милля на индукцію, а взглядъ Уэвелля, по которому суммированіе есть тоже индукція, ибо тутъ въ общемъ положеніи содержится всегда больше: въ него вложены представленія, которыхъ нѣтъ въ частныхъ положеніяхъ; подъ общее подходятъ частности, не только имѣвшіяся въ виду при суммированіи, но и могущія обнаружиться въ будущемъ; во всякомъ случаѣ, ни взглядъ Милля, ни взглядъ Уэвелля не могутъ быть внесены въ обязательную програму; во 2-хъ, что касается того, что догматика оперируетъ только надъ предложеніями, извнѣ ей данными, т.-е. законами и обычаями, то мысль эта опровергается не только соображеніями, изложенными въ первомъ моемъ этюдѣ, но и взглядомъ самаго г. Муромцева, что догматикъ прежде всего долженъ имѣть въ виду будущее. Значитъ и эта мысль не можетъ входить въ програму. Далѣе, въ поясненія програмы г. Муромцевъ говоритъ, что „въ догмѣ нѣтъ силлогизма, строить силлогизмы приходится лишь юристу практику" (стр. 763). Это едва ли согласно съ „общепринятымъ" воззрѣніемъ. По мнѣнію г. Муромцева, вѣдь догма есть искуство, а въ искуствѣ силлогизмъ имѣетъ весьма важное значеніе. Насколько значеніе это важно, видно изъ слѣдующихъ словъ Милля: „Отношеніе, въ которомъ правила искуства стоятъ къ ученію науки, можетъ быть охарактеризовано слѣдующимъ образомъ: искуство опредѣляетъ свою цѣль и передаетъ ее наукѣ: это — большая посылка, утверждающая, что достиженіе данной цѣли желательно. Наука, по надлежащемъ изслѣдованіи, передаетъ искуству предложеніе, что исполненіемъ извѣстныхъ дѣйствій цѣль будетъ достигнута. Изъ этихъ посылокъ искуство *заключаетъ*, что исполненіе этихъ дѣйствій желательно (Логика, т. 2, стр. 529). Изъ этого видно, что силлогизмъ для искуства необходимъ: наука даетъ ему только малую посылку того силлогизма, который онъ строитъ. Такъ что, стоя на позитивной почвѣ, догма, если она искуство, безъ силлогизма обойтись не можетъ; а если это такъ, то и въ програму противное этому положеніе вносить нельзя. Наконецъ въ програмѣ догма является, съ одной стороны, — какъ описательное правовѣдѣніе,—частью исторіи, съ другой—искуствомъ, приноровленнымъ для прак-

тики. Что касается первой характеристики, то по поводу ея, какъ „части", можно сказать то-же, что я сказалъ о „цѣломъ"; какъ исторія не есть сводъ матеріала, такъ и догма не можетъ быть таковымъ, еслибы даже она была искуствомъ; о второмъ же я уже высказалъ свои соображенія въ первомъ этюдѣ. Заканчивается программа заявленіемъ, что догма имѣетъ право на существованіе. — Спрашивается, послѣ всего этого, можно ли требовать отъ изслѣдователя позитивиста цивилиста, чтобы онъ принялъ подобную программу? Едва-ли, въ ней слишкомъ много произвольнаго. Можно ли его упрекать за игнорированіе ея? Едва-ли, уже потому одному, что до появленія „замѣтки" она и моему почтенному оппоненту не была извѣстна.

Отступленіе съ моей стороны отъ позитивизма, недостаточно глубокое проникновеніе въ его сущность мой почтенный оппонентъ видитъ въ томъ, что я признаю догму юридическою статикою т.-е. наукою о законахъ сосуществованія юридическихъ явленій, законахъ недвижнаго состоянія права. Замѣчу къ слову, что въ этомъ моемъ взглядѣ нѣтъ ничего поразительнаго, исключительно мнѣ принадлежащаго. Сошлюсь опять на проф. Коркунова, который, если я вѣрно его понялъ, тоже говоритъ о законахъ статическихъ, какъ о законахъ дѣйствія права по отношенію къ субъекту. Если не ошибаюсь, это и суть тѣ законы юридической статики, о которыхъ говорю и я.— Итакъ, основателенъ-ли упрекъ, дѣлаемый мнѣ г. Муромцевымъ? Отступленіе мое отъ схемы позитивизма или вѣрнѣе, отъ схемы позитивистовъ не юристовъ такого свойства, что существенныя черты этой схемы не нарушаются. Я только позволяю себѣ считать мое воззрѣніе болѣе послѣдовательнымъ. Какъ юристъ я не могу допустить разграниченій тамъ, гдѣ они проведены быть не могутъ и не допускать ихъ тамъ, гдѣ они и возможны и необходимы (конечно, если рѣчь идетъ не о бытѣ и жизни, которые не терпятъ перегородокъ и въ которыхъ замѣчаются явленія смѣшаннаго характера, а о наукѣ и ея областяхъ). То, что соціологи не-юристы и г. Муромцевъ въ своей „замѣткѣ" называютъ статикою, не есть статика, ибо не подходитъ подъвыставляемое ими опредѣленіе послѣдней. Все что г. Муромцевъ понимаетъ подъ позитивной юриспруденціей есть юридическая динамика. Не только у г. Муромцева нѣтъ юридической статики, но и у позитивистовъ нѣтъ общей соціальной статики. Посмотримъ какъ Милль, повторяя слова Конта, а также г. Муромцевъ разграничиваютъ статику отъ динамики. „Соціальная динамика, говоритъ Милль, есть теорія общества, разсматриваемаго въ состояніи непрерывнаго движенія, между тѣмъ какъ соціальная статика есть теорія того consensus, который существуетъ между различными частями общественнаго организма; другими словами, это теорія взаимныхъ дѣйствій и реакцій одновременныхъ соціальныхъ явленій, причемъ говоря словами Конта, *до времени, насколько возможно* дѣлается отвлеченіе ради научныхъ цѣлей отъ того фундаментальнаго движенія, которое всегда постоянно видоизмѣняетъ всю совокупность явленій" (т. 2 стр. 497—498). Г. Муромцевъ,—хотя совершенно напрасно ссылаясь на опытъ соціологическихъ изслѣдованій, какъ будто бы это не лежитъ въ самой постановкѣ вопроса,—говоритъ, что „полное раздѣленіе соціальной статики и динамики возможно только въ теоріи; на практикѣ каждое статическое обобщеніе получаетъ весь свой смыслъ только послѣ динамической постановки его". (стр. 762). Вполнѣ раздѣляя, что *та* статистика, о которой говорятъ Контъ, Милль, и др. отрѣшается отъ всякой мысли о движеніи „до времени", „насколько возможно" и „ради научныхъ цѣлей", что *такъ называемыя* г. Муромцевымъ статистическія обобщенія получаютъ свой смыслъ послѣ динамической постановки, я утверждаю, что именно эта невозможность, эта шаткость разграниченія движенія отъ покоя, какъ понимаютъ соціологи не-юристы и г. Муромцевъ, не даетъ намъ права разграничить *эти* двѣ отрасли, назвавъ одну статикою, а другую динамикою.

Или статика есть, тогда покой отъ движенія долженъ быть рѣзко разграниченъ, безъ оговорокъ „до времени", „по возможности", или ея нѣтъ, тогда нечего и задаваться мыслью объ этомъ разграниченіи, какъ это и дѣлалъ г. Муромцевъ, до появленія „замѣтки", въ своихъ предшествующихъ трудахъ. Если хотите брать явленія въ недвижномъ состояніи, то и берите ихъ именно въ этомъ состояніи, а не въ какомъ-то серединномъ, движно-недвижномъ, какъ это, не опытъ только показалъ, а вытекаетъ изъ самой постановки вопроса. При такой постановкѣ никогда статики не будетъ. Вопросъ долженъ быть поставленъ такъ: статика изучаетъ соціальныя явленія со стороны ихъ сосуществованія, въ недвижномъ ихъ состояніи *совершенно отрѣшаясь отъ мѣста и времени.* Если въ настоящую минуту, при настоящемъ уровнѣ знаній мы не въ состояніи разсматривать соціальныя явленія совершенно отрѣшившись отъ мѣста и времени, то значитъ статика соціальная еще не народилась. Указывая въ своемъ первомъ этюдѣ на общіе соціологическіе статическіе законы, выведенные Контомъ и Кэрри, я не считалъ нужнымъ снабжать изложеніе оговоркою, что законы эти въ сущности суть законы динамическіе; но полемизируя тамъ съ г. Муромцевымъ я указалъ, что приводимые имъ законы (если они законы — въ чемъ я сомнѣваюсь) являясь повидимому законами статическими (хотя объ этомъ онъ и не слова не говоритъ), суть законы динамическіе. Утверждая, что общей соціальной статики еще нѣтъ, я, однако, какъ и въ этюдѣ моемъ, продолжаю думать, что статика, какъ и динамика, имѣютъ одинаковое право на существованіе. Тоже, что выдается теперь за статику, не отдѣлимую отъ динамики, и есть динамика. Очень можетъ быть, что тѣ яко-бы статистическіе законы, о которыхъ говорятъ соціологи, найдутъ себѣ мѣсто и въ соціальной динамикѣ,— я даже увѣренъ въ этомъ. Будетъ сдѣлано нѣчто подобное тому, что мы видимъ въ юридической статикѣ, догматикѣ: явленія разсматриваются въ недвижимомъ состояніи по отношенію ко времени, а внутри происходитъ движеніе. Такъ и въ динамику, какъ науку, быть можетъ будетъ внесено ученіе о сосуществованіи явленій во время ихъ общаго движенія,—туда то и войдутъ тѣ законы, которые нынѣ соціологами выдаются за законы статическіе. Какъ я уже замѣтилъ въ моемъ этюдѣ, мы имѣемъ только двѣ спеціальныя отрасли соціальной статики: это-статика юридическая т.-е. догматика, и статика экономическая т.-е. политическая экономія. Первая и есть-та догма, научный характеръ которой я отстаиваю, а г. Муромцевъ отрицаетъ. Исходя, слѣдовательно, изъ того взгляда, что статику вообще и юридическую въ частности надо видѣть тамъ, гдѣ мы *дѣйствительно* можемъ отвлечься, а не „до времени" только, не „по возможности" отвлекаемся, отъ мысли о движеніи, я полагаю, что поступаю только послѣдовательнѣе чѣмъ другіе соціологи позитивисты. Но быть можетъ по мнѣнію г. Муромцева тѣ законы, коими занимается моя юридическая статика, такого свойства, что ее въ циклъ наукъ позитивныхъ отнести нельзя и я, относя ее туда, отступилъ отъ позитивизма? Къ этому я сейчасъ перейду, а пока сдѣлаю еще одно замѣчаніе. Если имѣть въ виду, что мой почтенный оппонентъ признаетъ исключительно одну (что несомнѣнно) юридическую динамику, то будетъ совершенно понятно почему онъ вполнѣ удовлетворенъ напр. такимъ общимъ соціологическимъ положеніемъ, положеніемъ, которое онъ особенно сильно подчеркиваетъ: „предметомъ соціологическаго изученія служатъ историческіе (эмпирическіе) законы: только посредствомъ историческаго изученія можно придти и къ статикѣ и къ динамикѣ" (стр. 765). Въ виду изложеннаго мною мнѣнія, что общей соціальной статики еще нѣтъ, что въ сущности есть одна лишь общая динамика, этого положенія я отвергать не стану, ибо отношу его всецѣло къ динамикѣ. Могу только сказать, что позитивистъ-юристъ повторилъ то, что сказано позитивистами не-юристами, которые конечно о „догмѣ права" и

вправѣ были ничего не знать. Напрасно, кажется, г. Муромцевъ думаетъ что, въ виду только что выписаннаго положенія, моей догмѣ, вопреки моему намѣренію, приходится вступить въ соприкосновеніе съ исторіею. Нѣтъ не вижу надобности въ этомъ соприкосновеніи и понимаю его только въ томъ смыслѣ, что исторія помогаетъ лишь уразумѣнію тѣхъ явленій, надъ которыми оперируетъ статика.

Теперь перехожу къ тому возраженію, что моя юридическая статика есть наука не позитивная, а метафизическая. Доказывается это во-1-хъ, взглядомъ моимъ на принципы и законы и-во 2-хъ, тѣми статическими законами, которые въ видѣ примѣровъ приведены въ моемъ этюдѣ. Что касается перваго довода, то г. Муромцевъ совершенно основательно заявляетъ, что въ вопросѣ о законѣ и принципѣ всего рѣзче выступаетъ различіе между метафизикою и позитивизмомъ. Затѣмъ, онъ говоритъ, что я предлагаю свое примиряющее рѣшеніе вопроса. На это замѣчу: никакого примиряющаго рѣшенія вопроса я не предлагаю, ибо, говоря о принципѣ, имѣю въ виду не метафизическій принципъ, но всѣ тѣ принципы, о которыхъ говоритъ г. Муромцевъ на стр. 17 своего „Опредѣленія" и стр. 86 своей „Общей теоріи", тѣ принципы, которыхъ гг. Муромцевъ и Коркуновъ называютъ явленіями,— это понятно для всякаго читавшаго мой этюдъ. Къ счастью я привелъ одинъ принципъ проф. Андреевскаго. Развѣ это метафизическій принципъ? Я жалѣю, что не сдѣлалъ болѣе подробную выписку изъ сочиненій г. Муромцева, гдѣ онъ говоритъ, что „принципъ есть обобщенное *выраженіе* совокупности общихъ свойствъ явленій, а законъ есть выраженіе соотвѣтствія между явленіями; законъ *проявляется* въ явленіяхъ; принципъ измѣнчивъ, законъ неизмѣненъ" (Очерки стр. 85). Это—одинъ взглядъ, высказанный въ литературѣ. По другому взгляду законы и суть принципы. Имѣя передъ собою эти два взгляда я, вовсе не рѣшая вопроса о принципѣ, говорю лишь, что оба взгляда не противорѣчатъ другъ другу. И дѣйствительно это видно изъ того, что ученые, говорящіе, что законы суть принципы, вовсе не касаются степени измѣняемости или неизмѣняемости ихъ. Принципы и законы могутъ быть названы общимъ именемъ принципа; можно обобщить эти два понятія, не посягая на то различіе, которое и я между ними провожу. Можно говорить о принципѣ въ общемъ, широкомъ смыслѣ, обнимающемъ собою принципъ въ тѣсномъ смыслѣ и законъ. Слѣдовательно, я далекъ отъ примиренія непримиримаго; я лишь нашелъ общую черту двухъ понятій и обобщилъ ихъ. Оказалось, однако, что я, примиривъ метафизическій принципъ и позитивный законъ, выставилъ свое метафизическое же опредѣленіе принципа. Упомянутое обобщеніе я выразилъ въ такой формѣ: „между принципомъ и закономъ то общее, что тотъ и другой представляютъ собою общую мысль, проходящую сквозь цѣлый рядъ явленій". Я разсуждалъ такимъ образомъ: когда установляется принципъ и законъ, то изслѣдователь имѣетъ передъ собою извѣстную группу явленій; характеризуя эти явленія, онъ получаетъ рядъ предложеній, а въ результатѣ индукціи—общее предложеніе, общую мысль; если онъ изслѣдуетъ соотношеніе явленій и находитъ его какъ неизмѣнное, то получаетъ законъ, т.-е. эта общая мысль есть законъ; если же изслѣдуетъ соотношеніе и находитъ его какъ нѣчто весьма измѣнчивое и не всегда при данныхъ условіяхъ встрѣчающееся, быть можетъ болѣе желательное, чѣмъ постоянное, то сложившееся такимъ образомъ положеніе есть принципъ. Слѣдовательно „общая мысль" замѣчается и въ томъ, и въ другомъ случаѣ: въ первомъ, общая мысль, говоря словами г. Муромцева, *проявляется* въ явленіяхъ; во второмъ — общая мысль есть выраженіе общихъ свойствъ явленій. Какимъ же образомъ я, говоря, что въ томъ и въ другомъ случаѣ общая мысль *проходитъ* сквозь извѣстную группу явленій— попалъ въ метафизики? Кажется между „проходитъ" и „проявляется" большой

разницы нѣтъ. Г. Муромцевъ полагаетъ, что мое обобщеніе есть перефразированная метафизическая формула, что „мировая жизнь есть постоянное и послѣдовательное осуществленіе идей въ рядѣ явленій". По моему, между моимъ опредѣленіемъ принципа въ обширномъ смыслѣ и этою формулою такое же отношеніе, какое между нею и опредѣленіемъ г. Муромцева, что законъ *„проявляется"* въ явленіяхъ, т.-е. осуществляется. Опредѣленіе его даже ближе къ формулѣ метафизиковъ, чѣмъ мое. — Перехожу ко второму доказательству метафизическаго характера моей юридической статики. Мой почтенный оппонентъ считаетъ законы моей юридической статики — метафизическими положеніями. Тутъ я поставленъ въ необходимость напомнить, чтó такое метафизика, причемъ, конечно, укажу не на то, чтó *обзывается* (какъ выразился г. Муромцевъ, характеризуя схоластику) метафизикою, а какъ наука понимаетъ метафизику. Метафизика есть ученіе о непознаваемомъ, о сущностяхъ,— основная философская наука, занимающаяся установленіемъ высшихъ принциповъ всего сущаго. Она раскрываетъ первопричины, скрывающіяся за реальными явленіями (Brockhaus-Conv. Lex v. Metaphysik). Теперь я просилъ-бы попробовать подвести подъ это опредѣленіе хоть одинъ изъ выставленныхъ въ моемъ этюдѣ статическихъ юридическихъ законовъ. Возьмемъ для примѣра нѣсколько этихъ законовъ: „нельзя передать другому болѣе правъ, чѣмъ самъ имѣешь", „что изначала юридически не дѣйствительно, не можетъ стать дѣйствительнымъ, благодаря только истеченію времени", „юридическую судьбу цѣлаго испытываютъ на себѣ всѣ части, въ него входящія" и т. д. По этимъ законамъ едва-ли достаточно рельефно познается „непознаваемое", въ нихъ едва-ли раскрывается „скрытое", едва-ли какое представленіе они могутъ дать о первопричинѣ. Любой метафизикъ убоялся бы реальности этихъ законовъ. Кажется, реальнѣе ихъ ничего и быть не можетъ. Отношенія между областью этихъ законовъ и областью законовъ метафизики то-же, что между биржею и воздушнымъ замкомъ. Обращаюсь къ законамъ, приводимымъ въ моемъ этюдѣ и указаннымъ г. Муромцевымъ, въ подтвержденіе его мнѣнія о принадлежности моей къ метафизической школѣ. Тутъ я не совсѣмъ понимаю моего оппонента. Онъ говоритъ, что я *болѣе* метафизикъ, чѣмъ всѣ другіе метафизики, ибо возвожу въ законы словесныя опредѣленія, тавтологіи. Еслибъ онъ сказалъ, что я *не только* метафизикъ, но и возвожу въ законы опредѣленія и тавтологію — это я понимаю. Сказавъ же „болѣе", онъ даетъ мнѣ право заключить, что я довелъ метафизику до крайности; и слѣдовательно возведенныя мною въ законы опредѣленія и тавтологіи суть положенія метафизическія. Посмотримъ, напр., изъ какихъ высшихъ началъ выведенъ „метафизическій" законъ — „нельзя передать другому болѣе правъ, чѣмъ самъ имѣешь". Съ какихъ заоблачныхъ міровъ этотъ законъ свалился на землю? А вотъ съ какихъ: мы видимъ въ общежитіи, что права, принадлежащія извѣстнымъ лицамъ, передаются и пріобрѣтаются: видимъ *право*, принадлежащее субъекту, и *право*, которое передается однимъ лицомъ другому, и замѣчаемъ постоянное, неизмѣнное между ними соотношеніе. Переходъ правъ имѣетъ юридическую силу лишь настолько, насколько эти *права* покрываютъ одно другое; по правосознанію каждаго народа разность двухъ правъ, а именно права, принадлежащаго лицу, и права переданнаго, есть право, хотя фактически и переданное, но какъ не принадлежащее передающему, юридически признаваемое не переданнымъ. Изъ тѣхъ же заоблачныхъ міровъ выведены и другіе законы, напр., „возвратить можно лишь то, что получилъ"; и его реальность ясна для всякаго. То-же самое можно сказать и о третьемъ примѣрѣ, приведенномъ г. Муромцевымъ изъ моего этюда: „если извѣстная цѣль можетъ быть достигнута только однимъ путемъ, то другимъ путемъ она достигнута быть не можетъ". Для всякаго донельзя очевидно, что упомянутые

статическіе законы, какъ и всѣ они, не могутъ быть названы положеніями метафизическими. Далѣе, г. Муромцевъ приводитъ рядъ примѣровъ въ pendant къ моимъ законамъ. И тутъ я несовсѣмъ понимаю г. Муромцева: если мои законы суть положенія метафизическіе, то и законы, приводимые имъ въ pendant къ моимъ, суть тоже положенія метафизическія. Тутъ кроется какое то недоразумѣніе. Всѣ положенія, имъ приводимыя, представляются и для не юриста положеніями весьма и весьма реальнаго характера. Возьмите, напр., положеніе „вѣсить можетъ лишь то, что имѣетъ вѣсъ". Положеніе это есть дурно выраженный законъ физики, а именно: „вѣсъ, т.-е. давленіе на препятствіе, противупоставляемое тѣлу, притягиваемому въ землѣ, есть общее свойство всѣхъ тѣлъ", или иначе: „тѣломъ является все то, что имѣетъ вѣсъ". Реализмъ полнѣйшій. — Возьмите другой примѣръ г. Муромцева: „скатиться съ горы можетъ лишь то, что находится на горѣ". Это дурно выраженный прикладной или выводной законъ: „тѣло, поставленное на одну изъ точекъ наклонной плоскости, должно падать внизъ по этой плоскости" и слѣдовательно: „тѣло, для того, чтобы скатилось, должно быть поставлено на одну изъ этихъ точекъ". Тоже вполнѣ реальное положеніе. Наконецъ, что касается третьяго примѣра,—если Петръ не есть Иванъ, то Иванъ не есть Петръ,—то о реальности его и говорить нечего.

Насколько вообще надо быть осторожнымъ при причисленіи ученаго къ той или другой школѣ, настолько, если не болѣе, нужна осторожность при причисленіи позитивиста къ метафизикамъ. Это обоюдоострое оружіе. Посмотримъ, что изображаетъ собою вотъ уже въ третій разъ въ печати г. Муромцевымъ приводимый законъ его статики. Законъ этотъ гласитъ: „юриспруденція каждаго образованнаго общества склонна предполагать въ дѣйствіяхъ каждаго лица добросовѣстность, пока противное не доказано". Я полагаю, что это не законъ позитивной науки. Наука не можетъ довольствоваться такими неопредѣленными условіями зарожденія извѣстныхъ воззрѣній въ обществѣ, какъ „образованность". Что такое образованное общество? Когда, при какихъ условіяхъ оно можетъ быть признано образованнымъ? Еслибы мы стали перечислять главнѣйшія изъ этихъ условій, то получился бы своеобразный результатъ: между ними мы нашли бы и то, на что г. Муромцевъ смотритъ какъ на послѣдствіе образованности. Намъ кажется, что „предположеніе добросовѣстности каждаго" есть одно изъ условій признанія даннаго общества образованнымъ. Если такъ, то упомянутый законъ логически не вѣренъ: въ немъ условіе обращено въ послѣдствіе, т.-е. выходитъ такъ, что условіемъ „предположенія добросовѣстности каждаго" является образованность общества, между тѣмъ, какъ, несомнѣнно, наборотъ: не образованность общества является условіемъ „предположенія добросовѣстности каждаго", а „предположеніе добросовѣстности каждаго" есть одно изъ условій признанія общества образованнымъ. Это все равно, что сказать: когда человѣкъ достигаетъ извѣстной умственной зрѣлости, онъ понимаетъ сообщаемыя ему мысли—это законъ г. Муромцева; а, по моему, наоборотъ: когда человѣкъ понимаетъ чужія мысли, онъ признается достигшимъ извѣстной умственной зрѣлости. Слѣдовательно съ этой стороны законъ весьма сомнительнаго свойства. Съ другой стороны, это не законъ, а разсказъ, повѣствованіе о статическомъ законѣ: „всякій признается добросовѣстнымъ до доказательства противнаго". Представимъ себѣ—кто-либо желаетъ поговорить объ этомъ законѣ. Съ чего ему начать?.. Онъ скажетъ: въ необразованномъ обществѣ нѣтъ уваженія къ личности—тамъ замѣчается общая вражда; но когда общество доходитъ до извѣстной, болѣе и менѣе высокой, степени развитія, то каждый почитается добросовѣстнымъ—противное должно быть доказано. Неужели же это положеніе есть законъ?—Но кромѣ того получается странный результатъ, если вы-

разить упомянутый законъ въ такой формѣ: „когда общество достигаетъ извѣстной степени образованности, то оно признаетъ предложеніе добросовѣстности каждаго“. Если согласитесь со мною, что я вѣрно передалъ законъ г. Муромцева, то должны согласиться, что это законъ метафизическій. Откуда взять этотъ законъ? Мнѣ кажется, изъ „чистаго разума“; изъ того обильнаго источника, изъ котораго метафизики черпали средства познанія непознаваемаго. Ходъ мыслей метафизиковъ въ этомъ случаѣ таковъ: предположеніе добросовѣстности есть признаніе каждаго другаго человѣкомъ, т.-е. существомъ, себѣ подобнымъ,—признаніе себя въ другомъ; это особенное приходитъ въ единство со всеобщимъ и проникаетъ въ общее сознаніе только тогда, когда общество вышло изъ первобытнаго состоянія; словомъ, предположеніе добросовѣстности каждаго появляется тогда, когда общество уже стоитъ на извѣстной умственной высотѣ. Любой метафизикъ съ удовольствіемъ подпишется подъ этимъ разсужденіемъ, а въ сущности оно есть ничто иное, какъ разсужденіе, путемъ котораго г. Муромцевъ пришелъ къ своему закону. Законъ выведенъ не изъ жизненныхъ явленій, а изъ такого предположенія: *вѣроятно* де „предположеніе добросовѣстности каждаго“ является тогда, когда общество образовано; необразованное общество *едва ли* можетъ додуматься до этого. — Наконецъ, спрашивается: не подрываетъ ли самъ г. Муромцевъ силу своихъ воззрѣній признаніемъ моихъ законовъ положеніями метафизическими? Въ моемъ этюдѣ я говорю, что нерѣдко законы статики вносятся въ кодексы, облекаются въ форму положительнаго закона. Съ другой стороны, г. Муромцевъ говоритъ, напр., что догма, какъ описательное правовѣдѣніе, воспроизводитъ дѣйствующее право; изъ этого выводъ тотъ: если въ данный кодексъ внесенъ тотъ или другой законъ юридической статики, то онъ не можетъ быть игнорируемъ догмою г. Муромцева, и если законъ этотъ есть законъ метафизическій, то онъ, будучи внесенъ въ догму, придаетъ и ей метафизическій характеръ. Еще примѣръ. Если мои законы суть положенія метафизическія, то и всѣ положенія догмы суть таковыя, и вся догма, даже, какъ ее понимаетъ г. Муромцевъ, есть метафизика, ибо между тѣми положеніями, которыя онъ признаетъ догматическими, и моими законами, какъ я сейчасъ покажу, никакой разницы нѣтъ.

Оставляя въ сторонѣ метафизику, обращаюсь къ „возведенію въ законы словесныхъ опредѣленій и тавтологій“. Какъ я упомянулъ выше, г. Муромцевъ меня въ этомъ обвиняетъ. Полагаю, что обвиненіе неосновательно уже потому, что чуть ли не любое положеніе—одно легче, другое труднѣе—можетъ быть сведено къ словесному опредѣленію и тавтологіи. Точно также изъ приведенныхъ мною въ этюдѣ законовъ, любой можетъ быть сведенъ къ тому. Г. Муромцевъ же прямо называетъ эти законы словесными опредѣленіями и тавтологіями. Возьмемъ напр. законъ: „возвратить можно лишь то, что получилъ“; въ такой формѣ свести этотъ законъ къ словесному опредѣленію легко; нѣсколько труднѣе сдѣлать это, когда законъ формулированъ такъ: „лицо не можетъ быть обязано къ возврату чужой вещи, когда вещь эта имъ не получена“. То же самое обращеніе въ словесное опредѣленіе возможно относительно и тѣхъ догматическихъ положеній, которыя признаются именно таковыми, а не словесными опредѣленіями, самимъ г. Муромцевымъ, напр., относительно положенія: „въ дѣйствіяхъ каждаго надлежитъ предполагать добросовѣстность, пока противное не будетъ доказано“. Продѣлаемъ эту операцію. Сохраняя въ неприкосновенности содержаніе этого положенія, формулируемъ его такъ: „никто не почитается не добросовѣстнымъ, пока не будетъ признанъ („признаніе“ точнѣе „доказыванія“) таковымъ“ или, что то же самое „никто не почитается недобросовѣстнымъ, пока въ немъ не будетъ признано отсутствіе доброй совѣсти“, или что опять то же самое: „недобросовѣстнымъ почитается лишь тотъ, въ комъ будетъ признано отсутствіе доброй совѣсти“. Эта третья парафраза и

есть словесное опредѣленіе, которое гласитъ: „недобросовѣстный есть тотъ, въ комъ признается отсутствіе доброй совѣсти“. Повидимому въ упомянутомъ положеніи въ первоначальномъ его видѣ нѣтъ и тѣни опредѣленія, а сведено оно къ нему. Наконецъ изъ него можно сдѣлать весьма обыкновенную тавтологію; если вмѣсто прилагательнаго „недобросовѣстный“ вставить его опредѣленіе, то получимъ: „лицомъ, въ коемъ признано отсутствіе доброй совѣсти, почитается тотъ, въ комъ признано отсутствіе доброй совѣсти“. Все это продѣлывается безъ особеннаго труда съ догматическимъ положеніемъ г. Муромцева. Но то-же самое можно сдѣлать и съ его статическимъ закономъ, который можетъ быть формулированъ такъ: „образованное общество признаетъ каждаго добросовѣстнымъ“. Но я уже выше говорилъ, что „предположеніе добросовѣстности каждаго“ есть послѣдствіе, а слѣдовательно и признакъ образованности общества; въ виду этого, можно выставить такое опредѣленіе: „образованное общество есть такое, въ которомъ (конечно, между прочимъ) признается „предположеніе добросовѣстности каждаго“. Вставивъ это опредѣленіе въ упомянутый законъ, получимъ такую тавтологію: „общество, которое признаетъ предположеніе добросовѣстности каждаго, признаетъ каждаго добросовѣстнымъ“. Это то-же самое что „необъятное необъятно“. Далѣе г. Муромцевъ, какъ я сказалъ, приводитъ рядъ примѣровъ въ pendant къ моимъ законамъ. Между прочимъ, приводится и такой: „если Петръ не есть Иванъ, то и Иванъ не есть Петръ“. Очевидно этотъ примѣръ приведенъ въ pendant къ закону: „если данная цѣль можетъ быть достигнута лишь однимъ путемъ, то другимъ путемъ она достигнута быть не можетъ“. Такая формулировка, конечно, близка къ тавтологіи, но законъ этотъ можетъ быть формулированъ и иначе, такъ что и къ тавтологіи его свести труднѣе, а именно: „цѣль, достигнутая ненадлежащимъ путемъ почитается вовсе не достигнутой“. Понятно, въ томъ, что я формулировалъ этотъ законъ, какъ гипотетическое сужденіе, да къ тому же такъ, что тезисъ есть выводъ a contrario изъ гипотезы—бѣды никакой нѣтъ. Такимъ же образомъ можно, не нарушая смысла, формулировать и не разъ упомянутое нами догматическое положеніе г. Муромцева: „если лицо не признано недобросовѣстнымъ, то оно почитается добросовѣстнымъ“.— Вышеизложеннымъ я хотѣлъ показать, что законы, мною въ этюдѣ приведенные въ такой же мѣрѣ даютъ матеріалъ для игры словами, какъ и законы, и принципы г. Муромцева. Играть словами, конечно, можно, но въ области позитивныхъ наукъ это ни къ чему привести не можетъ. Нельзя укорять ученаго, выставляющаго извѣстное положеніе, какъ законъ, въ томъ, что онъ выставилъ словесное опредѣленіе или тавтологію — къ этому можетъ быть сведено чуть не всякое предложеніе.

Перехожу наконецъ къ замѣчаніямъ г. Муромцева о значеніи римскаго права. Споръ идетъ, какъ заявляетъ г. Муромцевъ, не о существованіи догмы, а о способѣ изложенія. Интересны тѣ аргументы, которые приводятся имъ въ пользу такого разрѣшенія этого „спорнаго“ вопроса: римское право должно быть излагаемо исторически, хотя и съ догматическими указаніями, но отнюдь не исключительно догматически. Аргументація его заключается въ слѣдующемъ. Онъ ссылается на то, что римское право нынѣ не догматизируется. Онъ говоритъ: „римское право въ его чистомъ видѣ разрабатывалось догматически *только* римскими юристами; новые догматики, въ послѣднее время по преимуществу нѣмцы, догматизируютъ современное римское право“ (стр. 763). Этотъ аргументъ не согласенъ ни съ истиною, ибо и нѣмцы не только въ послѣднее время, но уже давно принялись за разработку чистаго римскаго права (институціи, пандекты Бёкинга и друг.), ни съ заявленіемъ самого г. Муромцева на 15 стр. его сочиненія „Гражданское право древняго Рима“. Тамъ читаемъ: „изъ нихъ, т.-е. учебниковъ пандектнаго права особенное значеніе имѣютъ тѣ, въ которыхъ римское право отдѣляется

отъ позднѣйшей его переработки въ Германіи (такъ наз. современнаго римскаго права)"; и затѣмъ рекомендуются пандекты Барона (изданіе 1884 г.). Слѣд. г. Муромцевъ самъ опровергаетъ приведенный въ „замѣткѣ" аргументъ. Далѣе г. Муромцевъ объясняетъ, почему нынѣ римское право не догматизируется. Онъ говоритъ: „это послѣднее (т.-е. современное римское право) *не имѣетъ теперь* дѣйствующей силы". Это невѣрно. Хотя я и ощущаю весьма понятную неловкость, но долженъ замѣтить г. Муромцеву, что и по сегодняшній день „современное *римское* право" имѣетъ дѣйствующую силу во всей западной половинѣ германской имперіи. Не можетъ не быть извѣстно, что Германія въ отношеніи къ дѣйствію гражданскаго права, распадается на двѣ области: область современнаго римскаго права и область кодифицированнаго права; въ послѣднюю входятъ: Пруссія съ прирейнскими провинціями, Баденъ и Саксонія, въ первую — вся остальная Германія (см. Sohm н. с., стр. 3). Далѣе, въ аргументаціи мы находимъ мысль, что и „сами нѣмцы начинаютъ серьезно поговаривать о томъ, что особая догма римскаго права теряетъ свое значеніе и что ея мѣсто должна занять общая догма дѣйствующаго нѣмецкаго права; въ ней найдетъ свою оцѣнку и римское право, насколько оно служитъ еше элементомъ дѣйствующаго порядка (т.-е. насколько оно вошло въ кодексы и юридическія воззрѣнія). Тутъ, какъ и въ предшествующихъ двухъ заявленіяхъ обнаруживается нѣкоторое запамятованіе. Всѣ „системы" „учебники" и „теоріи" и т. д. гражданскаго права, написанные нѣмцами, могутъ быть раздѣлены, прежде всего, на двѣ группы: системы пандектнаго права съ институціями (Виндшейдъ, Пухта, Арндтсъ и др.) и системы нѣмецкаго права. Эти послѣднія опять распадаются на двѣ группы: системы общаго нѣмецкаго права (Герберъ, Штоббе и др.) и системы мѣстнаго, кодифицированнаго и некодифицированнаго права (Ферстеръ, Вехтеръ, Ротъ и др.). Системы нѣмецкаго права написаны или независимо отъ догмы римскаго права или въ связи съ нею т.-е., какъ говорятъ, „auf gemeinrechtlicher Grundlage". Этотъ послѣдній пріемъ въ системахъ мѣстнаго права удался, какъ нельзя лучше, въ системахъ же общаго права, излагающихъ общіе германскіе законы и обычаи и общія чисто германскія положенія мѣстныхъ правъ — неудался. Грандіозною въ этомъ смыслѣ попыткою является извѣстное сочиненіе Рота; тутъ не только указывается на связь римскаго права съ мѣстнымъ, но излагается пандектное право вмѣстѣ съ нѣмецкимъ. Отдавая должную дань уваженія Роту, нѣмецкая критика почти единогласно признала попытку его неудачною. Такъ что рядомъ съ внесеніемъ догмы въ системы національнаго права, само пандектное право излагается и изучается какъ „особая догма". Нѣмцы и не думали поговаривать о томъ, что особая догма римскаго права потеряла свое значеніе и т. д. Они давно уже стали вносить указаніе на римское право въ системы общаго и мѣстнаго права, и говорятъ лишь о томъ, насколько та или другая попытка удачна; рѣчь идетъ не объ урѣзкѣ пандектнаго права, а тѣмъ менѣе о лишеніи его самостоятельнаго значенія, какъ особой догмы, а объ удобствахъ изложенія общаго нѣмецкаго права на основаніяхъ науки римскаго права, сохраняя полную неприкосновенность и самостоятельность послѣдняго. Еслибы всѣ изложенные три аргумента г. Муромцева и не были-бы фактически ошибочны, то и тогда они весьма слабы, но останавливаться на нихъ нѣтъ надобности именно благодаря первому ихъ характеру. Я не стану также останавливаться на томъ, насколько неудачно предвидѣніе г. Муромцева, что въ догмѣ *нѣмецкаго* права можетъ найти свою *оцѣнку* римское право *насколько оно служитъ элементомъ дѣйствующаго порядка*. Я уже замѣтилъ, что нѣмецкіе ученые, худо-ли, хорошо ли, давно разрабатываютъ, въ связи съ римскою догмою и обще-нѣмецкое право, на которомъ не отразились римскія воззрѣнія, такъ что этотъ критерій не можетъ имѣть никакого значенія.— Высказавъ выше выписанное нами поло-

женіе, г. Муромцевъ продолжаетъ: „во всякомъ случаѣ, что касается до римскаго права, то оно нисколько не потеряетъ, если его будутъ изучать исторически, а не догматически". Тутъ мы подошли къ интереснѣйшему пункту „замѣтки": можно-ли изучать догму римскаго права въ историческомъ изложеніи послѣдняго? Г. Муромцевъ говоритъ, можно. Онъ полагаетъ, что при такомъ изложеніи можно изучить опредѣленія и обобщенія, данныя римскими юристами, *но по другой системѣ*. И тутъ я не совсѣмъ понимаю моего почтеннаго оппонента. Онъ говоритъ, „догма опредѣляетъ, обобщаетъ и систематизируетъ". Слѣдовательно, систематизаціи придается важное значеніе. Но вѣдь она не можетъ сохранять свое значеніе, если отрывочныя на нее указанія будутъ размѣщены по отдѣльнымъ частямъ историческаго сочиненія. Г. Муромцевъ называетъ это размѣщеніе „другою системою". Этого-то мы понять не можемъ. Какимъ образомъ, разбросавъ клочки догмы, можно еще говорить о системѣ? Насколько внутренняя связь отдѣльныхъ частей, отдѣльныхъ опредѣленій и положеній гражданскаго права тѣсна, неразрывна извѣстно всякому юристу. Объясняется это не внутренними особенностями этой отрасли права, а тѣмъ, что она, какъ часть юридической статики, благодаря трудамъ римскихъ юристовъ, стала на чисто позитивную почву: ея законы точны, каждый изъ нихъ оттѣняется тонкими штрихами; законы эти, простые и выводные, сами указываютъ на необходимость строгой системы и поняты могутъ быть только при соблюденіи строгой систематичности. Въ системѣ этой каждое положеніе выступаетъ, и только и можетъ выступить рельефно для изучающаго; и это относится одинаково какъ къ изложенію правоотношенія, какъ родового понятія, такъ и къ изложенію отдѣльныхъ правоотношеній. Безъ этой систематичности нельзя себѣ усвоить ту юридическую логику, которой, по словамъ проф. Кавелина, намъ еще долго придется учиться у римскихъ юристовъ. (Журн. гражд. и торг. права 1872 г., кн. 2, стр. 198). Изучая римское право, какъ общую теорію права, разработанную римскими юристами, мы можемъ себѣ усвоить значеніе каждаго изъ отдѣльныхъ положеній только въ ближайшей связи съ тѣмъ или другимъ моментомъ внутренняго развитія правоотношенія, какъ родового понятія или какъ отдѣльнаго отношенія. Разорвать римскую догму, какъ и всякую другую, на клочки, пріурочить эти клочки къ отдѣльнымъ историческимъ фактамъ и періодамъ,—равносильно совершенному ея упраздненію. Я понимаю ученыхъ, которые въ *догматическихъ* курсахъ излагаютъ римское право; не разрывая его на клочки, они излагаютъ общую теорію римскихъ юристовъ и пандектистовъ и провѣряютъ эту теорію на законодательствѣ данной страны. Г. Муромцевъ полагаетъ, „что въ историческомъ изложеніи римскаго права можно сообщить все что образованному юристу знать полагается" (стр. 764) [1]). Довольно странный взглядъ. Будто изученіе науки имѣетъ исключительно экстенсивное, а не главнымъ образомъ интенсивное значеніе? Будто забота лишь въ томъ, чтобы обогатить изучающаго знаніями? У насъ, дѣйствительно, экстенсивная точка зрѣнія на преподаваніе юридическихъ наукъ преобладаетъ; оттого и результаты плохи и оттого же и современное положеніе юридическаго образованія именно таково, какимъ его знаетъ и г. Муромцевъ. У насъ заботятся о томъ, чтобы изучающіе знали по больше, а о методахъ, объ умственной дисциплинѣ, о развитіи способности юридическаго мышленія совсѣмъ не заботятся, забывая, что главное дѣло не въ томъ, *что* и *сколько* знать, а *какъ* знать, забывая, что знанія испаряются, иногда безслѣдно. У изучающаго долженъ остаться не только какой-нибудь, а солидный, вѣчный слѣдъ. Если будутъ сообщаться только знанія, а тѣмъ болѣе знанія фактовъ съ самымъ легенькимъ, поверхностнымъ

[1]) Это то, что г. Муромцевъ въ своемъ „Опред. права "(стр. 31) называетъ „фактическій матеріалъ римскаго права".

научнымъ ихъ освѣщеніемъ (характеръ зарождающихся наукъ), то и отъ изученія никакихъ благихъ результатовъ ожидать нельзя. Юридическая статика, какъ наука точная, выработанная трудами римскихъ юристовъ и пандектистовъ, имѣетъ съ этой стороны громадное значеніе; точность ея законовъ, внутренняя связь отдѣльныхъ ея положеній, необходимая методологическая выдержанность, неизбѣжная строгая систематичность, — все это такія неоцѣнимыя качества науки, благодаря которымъ она дѣйствительно становится прекраснымъ орудіемъ умственной дисциплины. Игнорировать это по меньшей мѣрѣ невозможно. Отчего же во *всѣхъ цивилизованныхъ* государствахъ придается *громадное* значеніе догмѣ римскаго права, совершенно безотносительно къ тому, служитъ-ли оно еще „элементомъ дѣйствующаго порядка" или нѣтъ? Отчего *ни одинъ* европейскій ученый еще не рѣшился преподавать вмѣсто догмы исторію, или что то-же: вставлять въ исторію клочки догмы? Преподаваніе дѣло отвѣтственное—я говорю конечно о нравственной отвѣтственности. Тутъ съ новаторствомъ нужно быть осторожнымъ. Возьмите нѣмецкаго ученаго юриста, который, скажемъ, сдѣлалъ какое-нибудь научное открытіе, пришелъ къ новому воззрѣнію на тотъ или другой вопросъ. Прежде чѣмъ внести его въ курсъ, онъ напишетъ монографію, выслушаетъ возраженія, отвѣтитъ на нихъ, носится нѣсколько лѣтъ съ этимъ вопросомъ, а въ курсъ все еще не вноситъ. Иногда отпечатаетъ курсъ, а о своемъ новомъ взглядѣ упомянетъ гдѣ нибудь въ примѣчаніи, а въ текстѣ сообщитъ все еще господствующее мнѣніе. Наконецъ, кому неизвѣстенъ консерватизмъ ученыхъ пишущихъ курсы и новаторство тѣхъ же ученыхъ въ монографическихъ работахъ. Сравните Іеринга въ Zwek'ѣ и того же Іеринга на каѳедрѣ; вѣдь это два разныхъ ученыхъ: въ первомъ случаѣ онъ только ученый, во второмъ — профессоръ. Имѣютъ же эти факты свои причины; значитъ, преподаваніе имѣетъ свои требованія, свои задачи. Далѣе, г. Муромцевъ полагаетъ, что профессоръ по каѳедрѣ даннаго національнаго права можетъ сообщить общія понятія по догмѣ. Такъ что, по его мнѣнію, обрывки догмы, излагаемые въ исторіи права плюсъ общія понятія, даваемыя профессоромъ національнаго права, даютъ въ суммѣ догму римскаго права. Никогда не въ состояніи дать. Уже изъ вышеизложеннаго видно, что исторія негодный проводникъ знанія догмы; что же касается національнаго права, то эти общія понятія изъ римской догмы настолько же безусловно необходимы, насколько предполагаютъ уже знакомство съ самою догмою: она приводится лишь въ связь съ даннымъ національнымъ правомъ. Если же изучающій съ догмою не знакомъ, то профессору національнаго права придется воспользоваться, и къ тому же въ большихъ еще размѣрахъ, пріемомъ Рота, т.-е. внести въ свой курсъ всю догму римскаго права. Противъ этого, конечно, я ничего не имѣю (если это удастся), но лишь подъ тѣмъ условіемъ, чтобы профессоръ даннаго національнаго права не былъ стѣсненъ числомъ лекцій, дабы изложить римскую догму цѣликомъ. Я ничего противъ этого не имѣю уже потому, что это есть ничто иное, какъ соединеніе двухъ каѳедръ, и слѣдовательно догмѣ не угрожаетъ ни малѣйшей опасности; но это уже не будетъ внесеніемъ въ курсъ общихъ понятій, о чемъ говоритъ г. Муромцевъ.

Мой почтенный оппонентъ полагаетъ, что можно изучить догму римскаго права по его сочиненію „Гражданское право древняго Рима". Я рѣшительно отрицаю всякую возможность таковаго изученія. Тѣ общія соображенія, которыя мною уже изложены, примѣняются вполнѣ и къ лекціямъ г. Муромцева. Опредѣленія и общія положенія, безъ внутренней систематичности, ничего изучающему дать не могутъ. Стоитъ выбрать любой институтъ (не говоря уже объ общихъ ученіяхъ, хотя бы, напр., ученіи объ условіи), и спросить, какое представленіе составитъ себѣ о немъ лицо, изучившее книгу г. Муромцева? Отвѣтъ можетъ быть одинъ:—никакого. Что, напр., вынесетъ изучающій не только въ смыслѣ

усвоенія „фактическаго матеріала“, но и въ смыслѣ пониманія съ надлежащею юридическою отчетливостью, по вопросу о сервитутахъ? Ему ни слова не говорятъ о родовомъ понятіи jura in re aliena, въ составъ котораго входятъ сервитуты; ему говорятъ сначала, что сервитутомъ назывались сосѣдское право, (стр. 133), затѣмъ говорятъ, что сосѣдство понимается не въ буквальномъ смыслѣ (стр. 227), потомъ, что сервитутъ есть распространеніе той общности обладанія, которая обязательно установлена для всѣхъ правомъ по сосѣдству (стр. 637); затѣмъ, разъ говорятъ, что это есть форма индивидуальнаго обладанія (стр. 131), въ другой разъ — что это есть не форма личнаго, а форма общаго обладанія, поставленнаго рядомъ съ товариществами (стр. 632, 637). Спросите изучившаго эти догматическія опредѣленія: что такое сервитутъ?— кромѣ несвязныхъ, противорѣчивыхъ фразъ ничего не услышите. И это нельзя приписать исключительно г. Муромцеву; просто невозможно дать юридически вѣрное опредѣленіе въ историческомъ изложеніи, внѣ логической системы, ибо тутъ совсѣмъ иная точка зрѣнія, чѣмъ чисто юридическая. Далѣе, спросите изучившаго книгу г. Муромцева: имѣетъ-ли онъ понятіе о видахъ сервитутовъ, такъ мастерски разграниченныхъ покойнымъ профес. Крыловымъ въ его лекціяхъ? Имѣетъ-ли онъ представленіе о томъ, что проф. Крыловъ называлъ ученіемъ о сервитутахъ въ состояніи движенія? Кромѣ мимолетныхъ указаній на соглашеніе и на защиту въ лекціяхъ ничего нѣтъ И въ такомъ родѣ изложены всѣ институты. Особенно приходится жалѣть объ обязательственномъ правѣ. Съ этимъ вѣчнымъ памятникомъ великихъ римскихъ учителей, сохранившемся неприкосновенно и по сейчасъ, находимъ крайне странное обращеніе. Напр., опредѣленіе обязательства, т.-е. то, что проф. Крыловъ вносилъ въ ученіе объ институтѣ въ состояніи покоя попало куда-то въ примѣчаніе. Не говоря уже о тонкостяхъ этого въ высшей степени развитого ученія, такія вещи, какъ корреалитетъ, остаются для изучающаго совершенно непонятными. Ему будетъ извѣстно только, что корреалитетъ состоитъ въ родствѣ съ adstipulatio и adpromissio; что эти случаи корреалитета потомъ обособились (стр. 205), что потомъ корреалитетъ былъ формою, въ которую облекалось товарищество (стр. 336) и наконецъ, что корреалитетъ подъ вліяніемъ взгляда на litis contestatio, acceptilatio и jusjurandum in jure существенно измѣнился (стр. 533). Результатъ относительно догматическихъ знаній тотъ, что изучающій ничего не усвоилъ, а между тѣмъ, преподающій упустилъ изъ рукъ богатый матеріалъ для юридико-статическаго анализа. Спрашивается, какое же серьезное значеніе можно придавать этимъ догматическимъ обрывкамъ, которые не даютъ не только ничего необходимаго для ученаго юриста, но изучающаго совершенно сбиваютъ съ толку? О дисциплинѣ ума, о томъ, чему можно поучиться у римскихъ юристовъ, что такъ блистательно было преподаваемо проф. Крыловымъ—не можетъ быть и рѣчи.

Г. Муромцевъ, какъ-бы въ оправданіе своего присоединенія обрывковъ догмы къ историческому изложенію, заявляетъ, что это не нововведеніе: „покойный проф. Н. И. Крыловъ, преподававшій почти 40 лѣтъ, читалъ подъ именемъ римскаго права *исторію отдѣльныхъ институтовъ*, дополняя ее необходимыми пандектными свѣдѣніями“ (т.-е. догматическими опредѣленіями, указаніями на современное положеніе института и на его теорію). Хотя я не имѣю чести принадлежать къ числу слушателей покойнаго профессора, но уважаю его память, не менѣе его учениковъ. Курсъ его извѣстенъ русскимъ юристамъ, онъ цѣнится на вѣсъ золота, онъ переписывается, кто его имѣетъ бережетъ его, какъ драгоцѣнность. Передъ нами лежатъ нѣсколько курсовъ покойнаго профессора. Онъ не читалъ *исторію отдѣльныхъ институтовъ*, дополняя ее и т. д. Онъ читалъ два курса—*исторію* римскаго права и *систему* римскаго права. Обратимся къ „системѣ“. Болѣе выдержаннаго, строго систематичнаго курса догмы римскаго права рѣдко приходится встрѣчать. Имя

Крылова, какъ догматики, по справедливости, можетъ быть поставлено рядомъ съ именами корифеевъ пандектнаго права. Весь курсъ дѣлится на двѣ части, общую и особенную, которая распадается, по германской системѣ, на извѣстныя части, называемыя Крыловымъ системами. При изложеніи отдѣльныхъ институтовъ онъ слѣдовалъ такому пріему: каждое ученіе дѣлилось на двѣ части: ученіе о данномъ институтѣ въ состояніи покоя и въ состояніи движенія. Въ первой части онъ сначала опредѣлялъ институтъ и тонкими штрихами обрисовывалъ отдѣльные признаки опредѣленія; затѣмъ дѣлалъ маленькое историческое замѣчаніе, если это было нужно, и замѣчаніе по теоріи даннаго института. Во второй части онъ подробно останавливался на отдѣльныхъ общепринятыхъ элементахъ и моментахъ института: субъектѣ, объектѣ, возникновеніи, прекращеніи и охраненіи, и въ заключеніи дѣлалъ замѣчаніе о связи института съ современными законодательствами [1]). И этотъ пріемъ проходитъ сквозь весь курсъ. Такъ что ссылка г. Муромцева на профессора Крылова совершенно неправильна. Одного бѣглаго взгляда на курсъ покойнаго профессора достаточно, чтобы убѣдиться въ этомъ. Приписываемый г. Муромцевымъ профессору Крылову пріемъ рѣшительно противурѣчитъ взгляду покойнаго профессора и имъ даже осуждается. Въ вопросѣ о системѣ, профессоръ Крыловъ, между прочимъ, останавливается на значеніи ея, какъ онъ выражается, въ сціентифическомъ отношеніи. „Отъ правильной конструкціи и систематизированія гражданскихъ институтовъ, говоритъ онъ, зависитъ, правильность, художественность ихъ и легкость ихъ пониманія. Если юридическіе институты *стоятъ не на мѣстѣ,* если они распредѣляются не по своимъ *внутреннимъ свойствамъ, а по какимъ-либо внѣшнимъ признакамъ,* то такое неправильное систематичное укладываніе указываетъ *на неправильность воззрѣній* на нихъ. *Предметъ университетскаго преподаванія состоитъ главнымъ образомъ въ правильномъ и стройномъ, логическомъ систематизированіи матеріала, составляющаго содержаніе гражданскаго права. Въ этомъ отношеніи римляне были величайшими строителями системы юридическихъ, особенно гражданскихъ институтовъ* [2]). Къ этому прибавлять, кажется, нечего.

---

[1]) Любопытно взглянуть, какъ профессоръ Крыловъ пользовался этимъ пріемомъ. Возьмемъ, напр., владѣніе и собственность. Ученіе о правѣ владѣнія распадается на владѣніе въ состояніи покоя и въ состояніи движенія; въ первой части излагается понятіе владѣнія, затѣмъ теоріи Савиньи, Гегеля, Рудорфа, Тибо, Швенглера, Іеринга, Келлера, потомъ сдѣлано историческое замѣчаніе въ полторы странички и заканчивается эта часть вопросомъ о юридическомъ владѣніи. Во второй части разсматривается владѣніе въ состояніи движенія (не историческаго, конечно) въ порядкѣ пяти вопросовъ: субъектъ, объектъ, пріобрѣтеніе, прекращеніе и охраненіе владѣнія; наконецъ, одна страничка посвящена владѣнію въ новомъ мірѣ. Тоже самое дѣлалось и съ правомъ собственности-изъ 20 страницъ 18 посвящены догматическому изложенію, а двѣ историческому замѣчанію и т. д.

[2]) См., напр., курсъ 1873 г., изд. А. Ч—ова, стр. 5.

# II. ОБЫЧНОЕ ПРАВО.

## I.

### О юридическомъ значеніи труда въ обычномъ правѣ [1]).

По поводу ст. г-жи А. Я. Ефименко. „Трудовое начало въ народномъ обычномъ правѣ“ (Слово 1878, к. 1).

Г-жа Ефименко успѣла себя заявить, въ сравнительно короткое время, рядомъ работъ по одной изъ наименѣе изслѣдованныхъ областей нашего права—права обычнаго. Она не ограничивалась одними наблюденіями и собираніемъ юридическихъ обычаевъ, а представила рядъ драгоцѣнныхъ ученыхъ изслѣдованій. Только что обнародованная ею работа несомнѣнно снова свидѣтельствуетъ объ обширномъ знаніи фактическаго матеріала и далеко недюжинномъ талантѣ автора, тѣмъ не менѣе съ точки зрѣнія юридической критики должна быть поставлена гораздо ниже всѣхъ предыдущихъ трудовъ ея, въ особенности ниже статьи ея о народныхъ юридическихъ воззрѣніяхъ на бракъ, напечатанной въ „Знаніи“ 1874 года.

Прежде чѣмъ представить критику взглядовъ г-жи Ефименко, изложимъ вкратцѣ содержаніе ея статьи. Статья распадается на двѣ части: въ первой излагаются главнѣйшія обмотивированныя воззрѣнія автора; во второй воззрѣнія эти подкрѣпляются новыми доводами, высказываемыми по поводу послѣдняго замѣчательнаго труда проф. Пахмана „Обычное гражданское право въ Россіи“. Начинаетъ г-жа Ефименко съ заявленія, что изученіе народныхъ юридическихъ воззрѣній привело ее къ совершенно неожиданнымъ выводамъ, поразившимъ ее своею странностью, а именно, что наше народное обычное право является правомъ „совсѣмъ особымъ, своеобразнымъ, типически отличающимся отъ того систематизированнаго права, которое находитъ свое практическое приложеніе во всѣхъ современныхъ цивилизованныхъ законодательствахъ“. Двумя доводами авторъ подкрѣпляетъ высказанное имъ положеніе: 1) тѣмъ, что положеніе это основано на фактическомъ матеріалѣ, а не истекаетъ изъ метафизической точки зрѣнія и 2) что въ силу вліянія экономическихъ условій на правовый бытъ, право двухъ различныхъ экономическихъ строевъ—трудового и капиталистическаго—должно быть различно. Типическую черту нашего обычнаго права авторъ видитъ въ лежащемъ въ основѣ его трудовомъ началѣ. Для подтвержденія своего взгляда онъ анализируетъ два института: собственность и наслѣдованіе. Признавая трудъ единственнымъ источникомъ собственности, наше крестьянство, по словамъ автора, смотритъ

[1]) Русское Обозрѣніе 1878 г. № 5.

на землю, какъ на предметъ, на который не можетъ быть такого безусловнаго права собственности, какое имѣетъ трудящійся на продуктъ своего труда. Условность эта выражается въ томъ, что землею долженъ пользоваться только тотъ, кто вкладываетъ въ нее свой трудъ. Взглядъ на землю вытекаетъ изъ взгляда на трудъ и переносится на продукты ея, добываемые трудомъ. Извѣстная легенда о „черномъ передѣлѣ“ или „слушномъ часѣ“ (всеобщій раздѣлъ земли между крестьянами) приводится г-жею Ефименко въ подтвержденіе взгляда народа на землю. Община также уважаетъ исключительное право на землю лица, ее обрабатывающаго; такъ, напримѣръ, на Сѣверѣ, если крестьянинъ очиститъ непочатую землю, то община не сразу присоединяетъ ее къ своимъ землямъ и лишь послѣ того, какъ окупится трудъ, въ нее вложенный. Взглядъ крестьянъ на землю проводится и на продукты ея. Крестьяне относятся съ чрезвычайнымъ уваженіемъ къ продуктамъ труда; въ доказательство этого авторъ приводитъ нѣсколько примѣровъ: въ Архангельской губерніи; если путнику понадобится въ дорогѣ кормъ, то онъ беретъ сѣно изъ перваго попавшагося зарода и кладетъ въ зародъ соотвѣтствующую сумму денегъ; въ Землѣ Войска Донского допускается самовольный заемъ, причемъ заимодавецъ всегда получаетъ взятое обратно; на Сѣверѣ, брошенную рыбу, но со знакомъ собственника никто не тронетъ и т. д. Совершенно противуположно крестьянство относится къ лѣсу, такъ какъ онъ не продуктъ труда; народъ смотритъ на него, какъ на даръ божій, какъ и на воздухъ, воду, свѣтъ. Само лѣсное законодательство, принимавшее то запретительную, то разрѣшительную систему, способствовало укорененію этого взгляда. Далѣе въ доказательство юридическаго значенія труда авторъ приводитъ нѣсколько фактовъ изъ практики волостныхъ судовъ, а именно: 1) когда кто-либо bona или mala fide обработалъ чужую землю, то судъ, разрѣшая возникающія по этому поводу споры, придерживается того общаго начала, что потраченный трудъ долженъ быть во всякомъ случаѣ вознагражденъ; bona или mala fide произошла обработка—это вліяетъ лишь на степень вознагражденія; 2) интересамъ наемника и подряжаемаго дается предпочтеніе передъ интересами нанимателя и подрядчика и 3) множество случаевъ вознагражденія за потраченное „рабочее“ время.

Другой институтъ, взятый авторомъ для примѣра—наслѣдованіе. Въ этомъ отдѣлѣ г-жа Ефименко указываетъ на слѣдующіе факты, въ которыхъ проявляется такъ называемое трудовое начало: раздѣлъ наслѣдства производится далеко не по родовому принципу, а является раздѣломъ общей собственности семейно-рабочей ассоціаціи; всѣ лица, составляющія эту ассоціацію, кровью вовсе не связанныя, какъ-то: пасынки, пріемыши, зятья и т. д., участвуютъ въ наслѣдованіи, причемъ, кто больше трудился на пользу семейной ассоціаціи, тотъ и больше получаетъ; индивидуальныя условія каждаго случая имѣютъ важное значеніе: часто старики и сосѣди вмѣшиваются въ дѣло; степень трудового участія въ накопленіи семейнаго имущества имѣетъ важное значеніе и при наслѣдованіи женщинъ, и т. д.

Вторая часть статьи г-жи Ефименко написана, какъ мы сказали, по поводу сочиненія проф. Пахмана. Когда дѣло идетъ о явленіяхъ права народнаго и о попыткахъ обобщенія этихъ явленій, начинаетъ авторъ, то невозможно не признать за трудомъ не только самостоятельнаго, но и очень важнаго, преобладающаго значенія въ области права гражданскаго. Значенія этого не признается за нимъ ни наукою права, ни законодательствомъ, но еслибы оно было признано, говоритъ авторъ, то наука выиграла бы въ простотѣ, полнотѣ и стройности. Указавъ на принятые наукою два рода способовъ пріобрѣтенія права собственности—первоначальныя и производныя, г-жа Ефименко удивляется, отчего, напр., оккупація отнесена къ числу первыхъ а трудъ, юридически отъ нея ничѣмъ не отличающійся, изъ нихъ исключенъ.

Въ силу какихъ свойствъ своей природы, спрашиваетъ авторъ, оккупація можетъ пріобрѣтать юридическое значеніе и передъ нею раскрываются настежъ двери юридической науки, а трудъ, какъ не правоспособный, остается въ жалкомъ видѣ за дверью? Пусть кто нибудь изъ господъ ученыхъ юристовъ объяснитъ въ чемъ тутъ секретъ?... Авторъ ожидаетъ возраженія со стороны юристовъ, что между оккупаціею и трудомъ то различіе, что первая не можетъ быть сведена къ какому либо предшествующему отношенію, а послѣдній всегда предполагаетъ такое отношеніе, т.-е. человѣкъ всегда работаетъ надъ чѣмъ либо, надъ какою нибудь вещью; если эта вещь его собственная, то и выработанный продуктъ принадлежитъ ему, какъ приращеніе его имущества; если это вещь чужая, то продуктъ принадлежитъ собственнику ея. Въ опроверженіе этого довода г-жа Ефименко спрашиваетъ: если юристъ напишетъ книгу, неужели его право собственности на произведенную имъ вещь основывается на правѣ его на чернила и бумагу? Единственную разницу этого авторскаго права собственности отъ права мужика на сплетенный имъ лапоть г-жа Ефименко видитъ въ благородствѣ труда автора и въ чернотѣ труда мужика. Какъ ни спрашивайте, говоритъ г-жа Ефименко, вамъ не скажутъ, что единственное основаніе авторскаго права собственности есть трудъ. Чтобы обойти какъ нибудь необходимость признанія самостоятельнаго значенія труда, юристы измышляютъ цѣлые институты, напр. quasi-contructus и особенно видъ его negotiorum gestio; изъ нихъ они стараются вывести право работающаго на вознагражденіе. Зачѣмъ требуется эта фикція? Зачѣмъ этотъ страхъ передъ очевидностью? спрашиваетъ авторъ.

Переходя къ сочиненію проф. Пахмана, авторъ находитъ, что принятая на себя почтеннымъ профессоромъ задача—систематизація обычнаго права, съ одной стороны, преждевременна, съ другой—привела къ тому, что изъ права этого вылетѣлъ духъ его и остались одни обломки, размѣщенные по клѣткамъ. Далѣе, цитируя одно мѣсто изъ „Обычнаго права", гдѣ г. Пахманъ говоритъ, что въ виду громаднаго экономическаго значенія труда, послѣдній имѣетъ и юридическое значеніе, г-жа Ефименко говоритъ, что „тотчасъ затѣмъ въ г. Пахманѣ юристъ беретъ свое" и онъ отрицаетъ „самостоятельное" юридическое значеніе труда; видя въ этомъ противорѣчіе, авторъ продолжаетъ: „г. Пахманъ пытается умалить значеніе того факта, что при самовольной обработкѣ чужой земли, обрабатывающій имѣетъ право на вознагражденіе, и утверждаетъ, что трудъ вознаграждается только тогда, когда онъ совершонъ bona fide, по ошибкѣ", не завѣдомо недобросовѣстно. Въ полное противорѣчіе съ этимъ г. Пахманъ, по словамъ автора, приводитъ рядъ фактовъ, въ которыхъ, однако, и при недобросовѣстномъ пользованіи землею суды присуждаютъ вознагражденіе. Заканчивается статья похвалою труду г. Пахмана и пожеланіемъ, чтобы почтенный профессоръ продолжалъ начатую работу.

Таково содержаніе весьма талантливо написанной статьи г-жи Ефименко. Соглашаясь вполнѣ, что наше народное обычное право носитъ въ себѣ не мало характеристическихъ чертъ, рѣзко его отличающихъ отъ современнаго культурнаго права, соглашаясь также, что къ этому приводитъ изученіе фактическаго матеріала и что два различныхъ экономическихъ строя порождаютъ два различныхъ типа права, мы тѣмъ не менѣе позволяемъ себѣ сильно сомнѣваться, порождается ли эта типичность „самостоятельнымъ юридическимъ значеніемъ труда". Но прежде чѣмъ представить критику воззрѣнія г-жи Ефименко, сдѣлаемъ два замѣчанія о методѣ, ею принятомъ. Она слишкомъ смѣло пользуется дедукціею, т.-е. сначала ставитъ положеніе или предположеніе, а затѣмъ подъ него подтягиваетъ факты. Выводъ, желающій имѣть хоть какое-нибудь научное значеніе, долженъ быть путемъ индуктивнымъ извлеченъ изъ ряда фактовъ, подлежащихъ всестороннему, обстоятельному изученію. Дедукція

нанесла слишкомъ большой вредъ наукѣ, чтобы еще ею, и только ею, безъ соединенія съ индукціею пользоваться. Затѣмъ нельзя, какъ это дѣлаетъ авторъ, построивъ силлогизмъ, предположить на время большую посылку (трудъ — единственный источникъ собственности) доказанною и затѣмъ, получивъ умозаключеніе (право собственности на землю не безусловно) и подтянувъ подъ него факты, опять пользоваться этимъ умозаключеніемъ для доказательства вѣрности большой посылки, составляющей основную мысль статьи.

Переходимъ къ критическимъ замѣчаніямъ. Первымъ аргументомъ въ пользу существованія взгляда на трудъ, какъ на единственный источникъ собственности, выставляется авторомъ взглядъ крестьянъ на землю, которая не можетъ быть предметомъ безусловнаго права собственности, потому что она не продуктъ труда. А намъ кажется, что крестьяне вовсе не потому смотрятъ такъ на землю, что она не продуктъ труда, а потому, что крестьяне какъ прежде только пользовались ею, такъ и теперь продолжаютъ ею только пользоваться—она съ установленія княжеской власти на Руси стала чужою (князя, дружинника, помѣщика, вотчинника и т. д.) и осталась такою и по-нынѣ (общины). Взглядъ на землю, какъ на чужую, привитъ исторически. Каждое юридическое воззрѣніе, выражающееся въ обычаѣ, есть продуктъ совокупности всѣхъ жизненныхъ условій данной среды не только въ настоящемъ, но и въ прошедшемъ. И намъ кажется, что взглядъ крестьянъ на землю объясняется, съ одной стороны, исторически, съ другой — общиннымъ строемъ крестьянскаго быта. Взглянемъ на исторію крестьянскаго землевладѣнія. Въ первый періодъ нашей исторической жизни земли было много; славяне жили родами и родъ владѣлъ землею и разселялся на ней по удобству; владѣніе „по старинѣ“ или по первому занятію служило единственнымъ началомъ для разрѣшенія столкновеній. Это былъ періодъ такъ называемаго безсознательнаго владѣнія. Съ прибытіемъ князей и дружины мало-по-малу образуется сознательное личное владѣніе. Послѣ непосредственнаго, свободнаго, безсознательнаго владѣнія, образуется владѣніе съ опредѣленнымъ характеромъ права, болѣе или менѣе зависимаго, производнаго отъ власти и инвеституры княжеской. При столкновеніи этой формы землевладѣнія съ первобытною, послѣдняя не могла устоять и стала распадаться. Свободному землевладѣнію не оставалось уже мѣста, когда сложился и выяснился подлѣ него типъ права производнаго, соединеннаго съ исключительною властью. Низшіе классы населенія остались внѣ движенія къ праву на землю; они остались при одномъ фактическомъ пользованіи землею, на которой жили, но не могли выставить никакого права, ибо неоткуда было получить его. Земля, на которой они жили, стала чужою; явились земли князя или служилыхъ людей; а эти послѣдніе или получали ее отъ князя, или хотя пріобрѣли право захватомъ, передачею, покупкой, но владѣли ею по праву, связанному съ государственнымъ ихъ положеніемъ. Въ періодъ утвержденія центральной власти московскихъ царей крестьяне сидѣли на пашенныхъ жеребьяхъ, на землѣ, которая не имъ принадлежала, а помѣщику, въ пользу котораго они должны были отбывать натуральныя повинности, платить оброкъ по договору и которому должны были повиноваться. Право собственности возможно лишь къ опредѣленному, обособленному предмету; крестьяне сидѣли на опредѣленномъ клочкѣ земли только въ теченіе извѣстнаго срока; при обиліи земель они переходили съ мѣста на мѣсто. Запрещеніе перехода не установило еще собственности, оно опредѣлило лишь болѣе рѣзкими чертами зависимость крестьянскаго владѣнія. То же самое было и съ церковными, монастырскими, черносошными крестьянами. Въ послѣдующія эпохи нашей исторической жизни, до послѣдняго времени, не произошло существенныхъ измѣненій въ крестьянскомъ землевладѣніи — законодательство касалось одного землевладѣнія высшихъ классовъ общества—вотчинъ и помѣстій. Такова исторія крестьянскаго землевла-

дѣнія. Спрашивается, если мы въ настоящее время встрѣчаемъ взглядъ народа на землю, какъ на предметъ, на который нельзя имѣть безусловнаго права собственности, то не естественнѣе ли всего видѣть причину этого взгляда въ историческомъ прошломъ нашего крестьянства. Несомнѣнно одно, что исторически взглядъ народа на землю, какъ на объектъ чистаго, безусловнаго права собственности, не могъ сложиться. Да и современныя условія жизни крестьянства никакъ не могли содѣйствовать измѣненію этого взгляда. Общинное владѣніе землею лежитъ въ основѣ крестьянскаго землевладѣнія. Вмѣсто того, чтобы вдаваться въ подробности, укажемъ на прекрасное опредѣленіе этого владѣнія, сдѣланное профессоромъ Пахманомъ, изъ чего видно будетъ, насколько при такомъ владѣніи возможна выработка взгляда на землю, какъ на безусловный объектъ права собственности. „Общинное владѣніе есть та форма имущественныхъ правъ, въ силу которой право владѣнія и пользованія даннымъ пространствомъ земли принадлежитъ самой общинѣ, какъ собственнику или владѣльцу земли, причемъ каждому члену ея, какъ домохозяину, предоставляется въ ней или право пользованія, соединенное съ владѣніемъ, или же одно право пользованія“ (стр. 12). Если общинное землевладѣніе фактъ повсемѣстный (за исключеніемъ Малороссіи), то спрашивается, можетъ ли такая форма землевладѣнія содѣйствовать укорененію взгляда на землю, какъ на предметъ безусловнаго права собственности? Очевидно, нѣтъ. Какъ исторія землевладѣнія, такъ и общинный строй именно и выработали въ народѣ взглядъ его на землю. Если такъ, къ чему выводить этотъ взглядъ изъ взгляда на трудъ? Но посмотримъ, не представляетъ ли г-жа Ефименко другихъ доводовъ въ пользу взгляда народа на землю. На первомъ планѣ стоитъ легенда о слушномъ часѣ. Какъ-то неудобно чувствуется, когда въ подтвержденіе вѣрности научнаго вывода, приводится подобный аргументъ. Въ легендѣ о слушномъ часѣ авторъ находитъ выраженіе народнаго идеала, по которому вся земля должна быть раздѣлена между трудящимися, т.-е. выраженіе взгляда, что землею долженъ пользоваться лишь трудящійся. Мы, признаться, видимъ въ этой легендѣ лишь одинъ смыслъ: экономическое положеніе крестьянъ плохо; причину его крестьяне находятъ въ недостаточности земельнаго надѣла и естественно видятъ въ общемъ раздѣлѣ земель, посредствомъ котораго достигается увеличеніе надѣла, свой экономическій, такъ сказать, идеалъ. Легенда эта напоминаетъ извѣстный анекдотъ о человѣкѣ, котораго кто-то спросилъ: кѣмъ бы онъ желалъ быть? Тотъ отвѣтилъ: царемъ; а что бы ты сдѣлалъ, еслибъ былъ царемъ? спрашиваютъ его; а укралъ бы сто рублей и убѣжалъ. Что изъ этого анекдота вывести? Только одно, что эти сто рублей, видно, очень нужны человѣку, желающему быть царемъ; не желаніе царствовать и осуществить какую-нибудь идею видно въ немъ, а желаніе получить сто рублей. Точно также и въ легендѣ о „слушномъ часѣ“ видно желаніе раздѣла, не въ силу исключительнаго права труда, а раздѣла какъ средства улучшенія своего положенія.—Далѣе слѣдуетъ указаніе на тотъ фактъ, что община присоединяетъ къ своимъ землямъ землю, очищенную крестьяниномъ не сразу, а послѣ того, какъ окупился трудъ, изъ чего будто бы видно, что община уважаетъ личный трудъ и предоставляетъ, хотя временно, пользованіе ею тому, кто трудился надъ нею. Для уразумѣнія смысла этого факта, слѣдуетъ имѣть въ виду общину, подчиняющую личную дѣятельность членовъ своимъ хозяйственнымъ интересамъ. Не трудъ, неокупившійся самъ по себѣ, заставляетъ общину не сразу присоединять эту землю къ своей; не уваженіе къ труду здѣсь видно, а то, что община, ради своихъ фискальныхъ цѣлей, считаетъ это присоединеніе преждевременнымъ потому, что, присоединяя ее, она должна обложить присоединенный клочекъ земли податью. Съ какой же стати, съ чего требовать съ крестьянина эту подать, когда земля еще ничего ему не приноситъ, еще не окупилась? Это временное право его исключительно

и лично пользоваться землею предоставляется ему не ради того только, что онъ трудился, а что земля еще не доведена до того, чтобы быть способной выносить подати.

Слѣдовательно оба довода въ пользу взгляда на землю можно считать устраненными, изъ чего мы вправѣ заключить, не идя далѣе фактовъ, представленныхъ авторомъ, что взглядъ на землю несостоятеленъ, какъ аргументъ въ пользу взгляда народа на трудъ.

Переходимъ къ другимъ доводамъ въ пользу взгляда народа на трудъ, какъ на единственный источникъ собственности. Прежде всего находимъ: уваженіе крестьянъ къ праву собственности на продукты труда и неуваженіе къ праву собственности на непродукты труда, напр., на лѣсъ. Приводимые авторомъ факты изъ быта нашего Сѣвера и Земли Войска Донского, взятые сами по себѣ, весьма утѣшительны и, будучи возведены въ общій фактъ (что, въ смыслѣ научнаго аргумента, въ этомъ случаѣ и предполагается), заставятъ нашихъ оптимистовъ лить обильныя слезы умиленія. Намъ кажется, какъ бы эти факты прекрасны ни были, они все-таки факты исключительные, и изъ нихъ возможенъ лишь одинъ выводъ: есть на Руси мѣстности, гдѣ жизнь еще построена на патріархальныхъ началахъ, гдѣ нѣтъ ни запоровъ, ни замковъ, и все-таки все сохранно и обстоитъ благополучно... Нѣтъ ничего хуже утѣшенія иллюзіями—да и къ чему онѣ, особенно въ подобномъ дѣлѣ? Кому неизвѣстно, какія кражи совершаются въ нашихъ селахъ и деревняхъ. Что значитъ эта пара случаевъ сравнительно съ тѣмъ, что̀ творится въ крестьянствѣ en masse? Стоитъ, напр., заглянуть въ книгу проф. Пахмана, на стр. 341 — 344 на примѣчанія: какъ рябитъ въ глазахъ отъ громаднаго количества цифръ, обозначающихъ нумера рѣшеній волостныхъ судовъ о кражѣ... Затѣмъ, что касается неуваженія къ праву собственности на лѣсъ, то этотъ доводъ весьма близко подходитъ къ вышеприведенному по поводу права собственности на землю. Неуваженіе къ праву собственности на лѣсъ объясняется не тѣмъ, что лѣсъ не продуктъ труда, а тѣмъ, что законодательство сбило, такъ сказать, съ толку крестьянъ; сама г-жа Ефименко полагаетъ, что законодательство способствовало укорененію этого взгляда. Мы думаемъ, что оно, и только оно, произвело хаосъ въ народномъ понятіи о лѣсѣ. До Петра I, лѣсъ былъ общимъ достояніемъ; онъ назначаетъ смертную казнь за самовольную рубку его; Екатерина I и Петръ II разрѣшаютъ свободно рубить его; Анна Іоанновна и Елизавета Петровна вводятъ запретительную систему, Екатерина II дозволяетъ рубить гдѣ и сколько угодно, Павелъ I возобновляетъ запретительную систему, Александръ I — разрѣшительную, Николай I опять запрещаетъ и т. д. Зная эту историческую судьбу лѣса, съ какой стати выводить взглядъ на него изъ предвзятаго взгляда на трудъ и на права на продукты его.—Далѣе находимъ весьма интересный фактъ, приводимый авторомъ въ доказательство самостоятельнаго юридическаго значенія труда, а именно, безусловное право на вознагражденіе со стороны лица, обработавшаго чужую землю. По народному воззрѣнію, какъ утверждаетъ г-жа Ефименко, обработавшій долженъ быть, во всякомъ случаѣ, вознагражденъ. Прежде всего намъ кажется, что въ такой области, какъ наше обычное право, при смутности народныхъ юридическихъ воззрѣній [1]), рисковано говорить о предоставленіи лицу извѣстнаго права „во всякомъ случаѣ", тѣмъ болѣе рисковано именно въ этомъ вопросѣ, послѣ того, какъ совершенно вѣрно замѣтилъ проф. Пахманъ, суды нѣтъ-нѣтъ да и проведутъ существенное различіе между обработкою bona и

[1]) Кстати замѣтимъ, что г-жа Ефименко сама не убѣждена еще,—смутны или не смутны народныя воззрѣнія; въ одномъ мѣстѣ, мотивируя свое мнѣніе, она считаетъ эти воззрѣнія вполнѣ ясными; въ другомъ же соглашается съ княземъ Васильчиковымъ, что воззрѣнія эти смутны.

mala fide. Независимо отъ этого, мы не понимаемъ, насколько возможно, стоя на строго-юридической почвѣ, говорить о самостоятельномъ значеніи труда, да еще въ этомъ вопросѣ. Чтобы признать за трудомъ самостоятельное юридическое значеніе, нужно признать его фактомъ, самимъ по себѣ порождающимъ право безъ посредства какого-либо другаго факта. Г-жа Ефименко конечно согласится со мною, что если фактъ, порождающій извѣстное право, самъ является послѣдствіемъ, результатомъ ряда другихъ фактовъ, то наука можетъ признать самостоятельное юридическое значеніе только за первымъ и считать послѣдніе фактами, съ юридической стороны, развѣ второстепенными. Иначе: если мы видимъ, что цѣлая цѣпь фактовъ порождаетъ право, то самостоятельное юридическое значеніе нельзя придать ни одному изъ звеньевъ этой цѣпи, за исключеніемъ лишь послѣдняго звена, которое и называется фактомъ правопроизводящимъ. Если признать такое значеніе и за этими посредствующими фактами, то можно дойти до смѣшенія понятій, даже до абсурда. Въ примѣрѣ обработки чужой земли правопроизводящими фактами могутъ быть или „соединеніе движимой и недвижимой вещей, принадлежащихъ различнымъ собственникамъ“ или же „заранѣе необусловленное пользованіе чужимъ дѣйствіемъ“. Остановимся сначала на соединеніи вещей. Именно этотъ фактъ порождаетъ право на вознагражденіе, причемъ безразлично, какой фактъ вызвалъ это соединеніе; такимъ фактомъ, между прочимъ, можетъ быть и трудъ. Возьмемъ примѣры. Я засѣялъ чужое поле — хозяину поля принадлежитъ хлѣбъ, я имѣю право на вознагражденіе; тутъ трудъ вызвалъ соединеніе, породилъ правопроизводящій фактъ. Если мой овинъ разнесло вѣтромъ и изъ заброшенныхъ на землю сосѣда зеренъ выросъ хлѣбъ — хозяину земли принадлежитъ хлѣбъ, а я имѣю право на вознагражденіе—тутъ вѣтеръ причинилъ соединеніе. Слѣдуя воззрѣніямъ г-жи Ефименко, надлежитъ признать за вѣтромъ самостоятельное юридическое значеніе. Но это невозможно, да и къ чему, когда наука обладаетъ болѣе широкимъ понятіемъ „соединенія вещей“. Что иногда трудъ можетъ породить это соединеніе, что онъ иногда примѣшивается къ юридическому отношенію вещей (соединеніе), это ему еще не даетъ право на самостоятельное значеніе. Насколько понятіе „соединенія“ широко и удобно, и насколько на трудъ не обращается вниманія, видно уже изъ того, что фактъ „соединенія“ порождаетъ одинаковыя юридическія послѣдствія, будетъ ли соединеніе въ видѣ засѣва чужого поля своимъ зерномъ или засѣва своего поля чужимъ зерномъ; въ послѣднемъ случаѣ собственникъ зерна, за то, что сидѣлъ, быть можетъ, сложа руки, получаетъ вознагражденіе. Очевидно, если мы имѣемъ передъ собою рядъ случаевъ, тождественныхъ по юридическимъ послѣдствіямъ, и изъ ряда фактовъ, соединенныхъ причинною связью и вызвавшихъ это послѣдствіе, найдемъ одинъ одинаковый во всѣхъ случаяхъ и являющійся послѣднимъ звеномъ въ цѣпи, то мы съ полнымъ сознаніемъ истины и юридической безошибочности можемъ сказать, что этотъ послѣдній фактъ—фактъ правопроизводящій, предыдущіе же факты—факты, имѣющіе второстепенное юридическое значеніе. Г-жа Ефименко не довольствуется однако однимъ признаніемъ за трудомъ самостоятельнаго значенія въ приведенномъ ею примѣрѣ, а видитъ въ этомъ оригинальную черту нашего народнаго, даже общеславянскаго права; при этомъ почтенная изслѣдовательница забываетъ, что право на вознагражденіе за обработку чужой земли знакомо и римскому праву, и современнымъ законодательствамъ. Такъ, по римскому праву, собственнику растенія, пустившаго корни въ чужой землѣ, давалось utilis in rem actio (Арндстъ) или utilis rei vindicatio (Іерингъ), какъ искъ о вознагражденіи противъ собственника земли; прусское земское уложеніе даетъ лицу, обработавшему чужую землю, безусловное право на вознагражденіе; лишь размѣръ его зависитъ отъ того, bona или male fide произошла обработка (Ферстеръ) и т. д. Значитъ, самостоятельное значеніе труда не

только не оригинальная черта нашего обычнаго права, но и юридически несостоятельное мнѣніе. Мало того, что это приводитъ къ возведенію вѣтра въ юридическій фактъ, но пришлось бы признать за лицомъ, засѣявшимъ чужое поле, право на вознагражденіе и въ томъ случаѣ, когда зерна не дадутъ плода и, слѣдовательно, трудъ обработавшаго чужое поле не могъ послужить на пользу собственника земли. Вѣдь обработавшій трудился! Между тѣмъ, въ нашемъ обычномъ правѣ нѣтъ фактовъ такого рода; необходимо „соединеніе"; потому-то требованіе римскихъ юристовъ, чтобы растеніе in fundum radices egerit, имѣетъ глубокое юридическое основаніе. Мы выше сказали, что не только „соединеніе вещей", но и „необусловленное заранѣе пользованіе чужимъ дѣйствіемъ" есть фактъ правопроизводящій въ приведенныхъ авторомъ случаяхъ, а не трудъ. Возьмемъ примѣръ. Я вспахалъ чужую землю, предназначавшуюся хозяиномъ ея подъ постройку дома. Еслибы тутъ трудъ имѣлъ главное значеніе, то онъ давалъ бы мнѣ право на вознагражденіе безотносительно къ тому, воспользовался ли хозяинъ земли моимъ трудомъ или нѣтъ. Въ практикѣ волостныхъ судовъ, обнародованной въ матеріалахъ извѣстной коммиссіи, имѣется случай, гдѣ вспахавшему чужую землю предоставлено было право на вознагражденіе за вспашку (а не соединеніе), но тутъ вспахано было поле, которымъ хозяинъ воспользовался. Да и едва ли не каждый крестьянинъ засмѣялся бы въ глаза, еслибъ сказать, что человѣкъ, вспахавшій мою землю, предназначенную подъ постройку, можетъ требовать съ меня вознагражденіе. Значитъ, моментъ пользованія чужимъ трудомъ имѣетъ главное значеніе. А если такъ, то право на вознагражденіе въ этихъ случаяхъ непосредственно вытекаетъ не изъ труда, а изъ чего-то другаго, и это другое есть договоръ, не фиктивный, а реально существующій, который называется quasi, какъ бы договоръ, и который отличается отъ обыкновеннаго, нормальнаго, такъ сказать, договора тѣмъ, что моменты заключенія и исполненія, предложенія и принятія, своеобразно скомбинированы. Иначе можно эту комбинацію выразить какъ „необусловленное заранѣе пользованіе чужимъ дѣйствіемъ". Я совершилъ дѣйствіе въ пользу даннаго лица, напримѣръ, потрудился—это само по себѣ юридически ничего не значитъ; но лицо воспользовалось моимъ дѣйствіемъ, трудомъ, т.-е. приняло мое дѣйствіе, уже исполненное, изъ чего видно мое предложеніе; благодаря этому заключенъ договоръ (словомъ, состоялась договороподобная комбинація) — и родилось право на вознагражденіе. Послѣ всего этого мы, кажется, вправѣ не согласиться съ мнѣніемъ автора. Далѣе, г-жа Ефименко въ доказательство громаднаго юридическаго значенія труда въ нашемъ обычномъ правѣ приводитъ тотъ фактъ, что интересамъ наемника и подряжаемаго дается предпочтеніе передъ интересами нанимателя и подрядчика. Признаемся, такого аргумента мы не ожидали отъ такого знатока обычнаго права, какъ г-жа Ефименко. Мы и въ этомъ случаѣ попросимъ читателя обратиться къ труду проф. Пахмана и прочесть главы о личномъ наймѣ и о подрядѣ; тамъ, напримѣръ, можно прочесть, какія ужасныя послѣдствія влечетъ за собою нарушеніе договора найма наемникомъ и какія сравнительно ничтожныя—при нарушеніи его со стороны нанимателя. Наконецъ, авторъ приводитъ случай, гдѣ лицу предоставляется право на вознагражденіе за потраченное „рабочее" время. Признакъ „рабочее" указываетъ несомнѣнно, что имѣется въ виду время, которое могло бы быть употреблено на трудъ. Но признакъ этотъ имѣетъ не юридическое, а развѣ экономическое значеніе и касается не права на вознагражденіе, а размѣра послѣдняго (при разсчетѣ); употреблено ли время на трудъ или нѣтъ, все равно — суть дѣла въ „упущенной выгодѣ"; ожидалась ли она (или дѣйствительно произошла) отъ труда или отъ капитала—это безразлично...

Что касается аргументовъ автора изъ наслѣдственнаго права, то о нихъ мы скажемъ не много. Трудъ, благодаря громадному экономическому своему

значенію, несомнѣнно придаетъ своеобразную окраску наслѣдственному праву; въ этой области гражданскаго права значеніе его весьма велико; тѣмъ болѣе что въ ней бытовой элементъ преобладаетъ надъ юридическимъ, а въ бытовомъ элементѣ трудъ и является выдающимся факторомъ. Но отъ этого его значенія еще далеко до самостоятельности. Г-жа Ефименко ограничивается вопросомъ объ участіи въ наслѣдствѣ—но это, строго говоря, не юридическій, а скорѣе бытовой вопросъ. Для права безразлично, кто наслѣдуетъ, кто участвуетъ; для него важенъ фактъ участія съ его послѣдствіями; въ законномъ или обычномъ наслѣдованіи осуществляется предпологаемая воля умершаго, который дается то или другое содержаніе, смотря по воззрѣніямъ даннаго общества; а эти воззрѣнія суть продуктъ бытовыхъ и друг. условій. Въ культурномъ правѣ родство имѣетъ главное значеніе при наслѣдованіи; о немъ юристы справедливо, безъ преувеличенія говорятъ, что оно „принимается въ соображеніе" (Виндшейдъ); то же самое можно сказать о трудовомъ участіи по отношенію къ обычно наслѣдственному праву—не больше. Принимаются въ соображеніе и другія обстоятельства (если не въ большей степени). Общинный строй проникаетъ весь бытъ крестьянина; личный трудъ члена—какъ справедливо замѣтилъ проф. Пахманъ, разсматривается, какъ средство для достиженія хозяйственныхъ цѣлей общины. Сама г-жа Ефименко констатируетъ фактъ вмѣшательства стариковъ и сосѣдей въ раздѣлъ наслѣдства. Община, именно въ лицѣ этихъ стариковъ и сосѣдей, кладетъ свой отпечатокъ на наслѣдственное право; старики эти принимаютъ во вниманіе трудовое начало, но не столько прошедшій трудъ, благодаря которому составилось семейное имущество, сколько трудъ будущій, возможный, основанный на предположеніи, что будущій участникъ наслѣдства будетъ исправнымъ, хорошимъ членомъ общины. Далѣе небезусловное приложеніе трудового начала мы видимъ въ наслѣдованіи женщинъ. Независимо отъ нѣкоторыхъ случаевъ участія женщинъ въ наслѣдованіи въ силу трудового участія, общимъ правиломъ можно выставить устраненіе женщинъ отъ участія въ наслѣдованіи. Спрашивается, какъ себѣ объяснить это въ виду одинаковаго трудового участія женщинъ и мужчинъ въ накопленіи семейнаго имущества? А тѣмъ, что женщина только въ исключительныхъ случаяхъ равноправный членъ-общникъ. Проф. Пахманъ вскользь упоминаетъ объ этомъ; между положеніемъ женщины-наслѣдницы и женщины-члена общины имѣется несомнѣнная связь...

Вторая часть статьи г-жи Ефименко прямо начинается съ заявленія о самостоятельномъ значеніи труда, и о томъ что если бы наука внесла трудъ въ свою систему, то она выиграла бы и въ простотѣ, и въ полнотѣ, и въ стройности. Г-жа Ефименко удивляется, въ силу какихъ особенныхъ свойствъ своей природы оккупація внесена въ число способовъ пріобрѣтенія собственности, а трудъ не внесенъ. Я уже указалъ выше на случай совершенной непригодности труда, какъ юридическаго понятія. Сейчасъ я буду имѣть случай еще разъ указать на это. Я предлагаю читателю припомнить сказанное мною выше о правопроизводящихъ фактахъ: правопроизводящимъ и, слѣдовательно, имѣющимъ самостоятельное юридическое значеніе фактомъ можетъ быть названъ лишь фактъ, которымъ замыкается цѣпь фактовъ, предшествующихъ возникновенію права. Спрашивается, какъ способъ пріобрѣтенія права собственности, трудъ является ли тѣмъ замыкающимъ, такъ сказать, фактомъ? Строго-юридически говоря—нѣтъ, никогда. Посредствующее же значеніе онъ въ нѣкоторыхъ мыслимыхъ способахъ пріобрѣтенія права собственности можетъ, а иногда и долженъ имѣть (напр., охота, ловля и пр.), но имѣется ли онъ въ числѣ посредствующихъ фактовъ или не имѣется, юридически это безразлично; юридическія послѣдствія тѣ же (за исключеніемъ конечно случаевъ, гдѣ онъ необходимъ). Если такъ, то на что́ онъ, какъ юридическое понятіе, годенъ? Но нѣтъ ли во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда онъ является второстепеннымъ фак-

томъ, еще факта, какъ мы его назвали, заключительнаго? Очевидно, есть: фактическое держаніе вещи (никому непринадлежащей). Я убилъ дикую утку, она моя, потому что она въ моемъ обладаніи; она въ моемъ обладаніи, потому что я приложилъ къ тому свой трудъ — тутъ трудъ посредствующій фактъ. Вольная птица влетѣла въ мою комнату, она моя, потому что въ моемъ обладаніи, потому что... Я рѣшительно затрудняюсь сказать почему, ибо придется, по ученію г-жи Ефименко, признать этотъ причинный фактъ (птичій полетъ??) фактомъ, имѣющимъ не только простое (какое онъ имѣетъ), но и самостоятельное юридическое значеніе. Что этотъ причинный фактъ имѣетъ одинаковое значеніе съ трудомъ, который г-жа Ефименко возводитъ на такую высокую ступень—это не можетъ подлежать оспариванію. Какъ же намъ отвѣтить г-жѣ Ефименко на вопросъ о различіи между оккупаціею и трудомъ? Оккупація есть фактъ, которымъ замыкается, заканчивается цѣпь, цѣпь посредствующихъ фактовъ, между которыми встрѣчаемъ и трудъ. Я взялъ вещь, никому непринадлежащую, въ свое обладаніе — вылилось ли это обладаніе изъ труда, выразилъ ли я его въ видѣ труда или и помимо того,—это все равно; убилъ я птицу, влетѣла она ко мнѣ сама, вырылъ я кладъ, просто поднялъ ничью вещь, обработалъ ничью землю, валяюсь на ней ежедневно по нѣскольку часовъ и т. д. — всѣ эти факты свидѣтельствуютъ о моемъ обладаніи, съ помощью ихъ я оккупирую вещь совершенно независимо отъ труда. Таково самостоятельное значеніе труда. Что же наука выиграетъ отъ принятія труда въ свою систему? Ничего; это вызоветъ разрушеніе системы, смѣшеніе понятій и рядъ абсурдовъ. Взглянемъ на другую сторону вопроса. Трудъ можетъ быть приложенъ или къ своей собственной, или къ чужой, или къ никому непринадлежащей вещи. Какъ самостоятельный источникъ права, онъ въ первомъ случаѣ не имѣетъ значенія, ибо съ помощью его не создается новая вещь, а измѣняется лишь прежняя въ формѣ своей, слѣдовательно никакого новаго права не пріобрѣтается. О значеніи его во второмъ случаѣ мы говорили. Остается третій случай. Именно, въ этомъ случаѣ г-жа Ефименко видитъ въ трудѣ самостоятельный источникъ права собственности, провозглашаетъ въ этомъ смыслѣ трудовое начало принципомъ нашего обычнаго права и предлагаетъ его наукѣ. Еслибы почтенная изслѣдовательница поглубже вникла въ смыслъ того, что́ она находитъ въ народномъ правѣ и предлагаетъ наукѣ, она ужаснулась бы. Выражая этотъ принципъ конкретнѣе, придется сказать, что обработка чужой вещи даетъ обработавшему и право собственности на продуктъ. Напр. X. укралъ у меня платокъ, сдѣлалъ изъ него полотенце — полотенце его. Такого правового принца нѣтъ въ нашемъ народномъ правѣ; называйте народъ глупымъ, невѣжественнымъ, какимъ хотите, но не отнимайте у него чувство права, быть можетъ и смутно понимаемаго, но все-таки чувства права; навязывать ему такой „правовой“ принципъ значитъ отрицать въ немъ право. Общество, построенное на такомъ принципѣ, должно разложиться и погибнуть. Г-жа Ефименко и не подозрѣвала этого, она даже видитъ въ этомъ якобы народномъ воззрѣніи идеалъ. Возьмемъ идеальное общество, въ которомъ осуществлены лучшія идеи лучшихъ людей, гдѣ богатства распредѣлены справедливѣйшимъ образомъ — такое общество ни минуты не можетъ существовать при такомъ принципѣ. Центръ тяжести соціальнаго вопроса заключается не въ томъ, что продуктъ труда изъ чужой вещи не принадлежитъ труженику, а въ томъ, что вещь не его, а чужая. Общество, разрѣшившее этотъ вопросъ, идетъ противъ себя, провозглашая такой принципъ. Вся бѣда въ томъ, что г-жа Ефименко, увидавъ въ народномъ обычномъ правѣ нѣсколько случаевъ, когда трудящемуся надъ чужою вещью предоставляется право собственности на нее, ослѣпилась ихъ оригинальностію и не преминула возвести ихъ въ правовой принципъ. Между тѣмъ, ослѣпляться рѣшительно нечѣмъ. Суть дѣла не въ правовомъ принципѣ, а въ отступленіи отъ юридической строгости. Юри-

дическая логика неумолима. Она, какъ математика, точна и строга. Но этою строгостью и точностью часто приходится жертвовать ради другихъ посторон- нихъ соображеній: соціальныхъ, политическихъ и др. и между прочимъ нрав- ственныхъ. Вотъ это-то якобы правопроизводящая сила труда приписывается въ нѣкоторыхъ исключительныхъ случахъ труду, какъ говоритъ Ферстеръ, ради „нравственнаго его значенія". И римское право, и современныя законо- дательства знаютъ рядъ такихъ случаевъ; такъ что для насъ оригинальнымъ является въ нашемъ обычномъ правѣ вовсе не то, что видитъ въ немъ г-жа Ефименко, вовсе не новый правовой принципъ, а то, что юридическая стро- гость смягчается въ немъ „ради нравственнаго значенія труда" въ такихъ случаяхъ, которые въ культурномъ правѣ разрѣшаются по всей строгости юри- дической логики. Укажемъ на одинъ изъ случаевъ, когда и культурное право допускаетъ отступленія, именно на спецификацію. Кому неизвѣстно мнѣніе римскихъ юристовъ Прокула и Нерва объ этомъ. Художникъ нарисовалъ кар- тину на чужомъ полотнѣ; строго юридически говоря, какъ говорили Сабинъ и Кассій, картина принадлежитъ собственнику полотна. Мы говоримъ „строго юридически"—это значитъ, что случай этотъ, будучи возведенъ въ правовое начало, будетъ вполнѣ согласоваться съ идеею права, съ правовымъ поряд- комъ и съ требованіями юридической логики. Однако Прокулъ и Неровъ считали возможнымъ сдѣлать отступленіе; по ихъ мнѣнію, картина принад- лежитъ художнику. Нравственное значеніе труда (Ферстеръ, Данквартъ) за- ставило и науку, и новѣйшія законодательства слѣдовать въ принципѣ ученію этихъ юристовъ; такъ, французскій кодексъ ставитъ вопросъ въ зависимость отъ цѣны картины: если она дороже полотна (что, конечно, всегда бываетъ), то она принадлежитъ художнику, и онъ обязанъ уплатить собственнику по- лотна стоимость послѣдняго. Прусское земское уложеніе рѣшаетъ вопросъ также, но независимо отъ цѣны. Саксонское уложеніе идетъ еще дальше: художникъ, даже mala fide завладѣвшій полотномъ, пріобрѣтаетъ картину, только размѣръ вознагражденія больше и т. д. Итакъ, мы видимъ, что трудъ здѣсь возводится какъ бы на степень правопроизводящаго факта, но это не юриди- ческое его значеніе само по себѣ, а юридическое признаніе его нравственнаго значенія, въ видѣ исключенія. Независимо отъ изложенныхъ соображеній, какъ бы мы вздумали, стоя на юридической почвѣ, примирить случаи, когда разъ обработавшій чужое поле получаетъ только право на вознагражденіе, въ другой разъ пріобрѣтаетъ право собственности на продуктъ труда? Далѣе авторъ приводитъ въ примѣръ авторское право, гдѣ юристы volens-nolens должны признать трудъ единственнымъ основаніемъ этого права, но, говоритъ г-жа Ефименко, спросите — вамъ никто этого не скажетъ. Остановимся на авторскомъ правѣ. Въ чемъ состоитъ трудъ автора? Въ томъ, что онъ облe- каетъ идеи, мысли въ извѣстную внѣшнюю форму; слѣдовательно, предметомъ его труда являются идеи, мысли: онъ ихъ облекаетъ. Въ чемъ же заключается право автора? Въ исключительной возможности облекать эти мысли въ форму и распространять? Спрашивается, чья та вещь, надъ которою онъ трудится? Очевидно, мысли, идеи принадлежатъ не ему, а всему человѣчеству. Строго юридически говоря, продуктъ труда, приложеннаго къ чужой вещи, принад- лежитъ собственнику ея—въ данномъ случаѣ продуктъ авторскаго труда при- надлежитъ всему человѣчеству. Такъ разсуждали противники авторскаго права (Прудонъ) и юридически разсуждали совершенно вѣрно; нельзя не присоеди- ниться къ Герберу, который говорилъ, что авторское право не есть право, а становится таковымъ въ силу признанія его закономъ. Законъ однако при- знаетъ его правомъ и, конечно, не потому—какъ г-жа Ефименко это желаетъ слышать изъ устъ юриста—что чернила и бумага принадлежатъ автору, а по болѣе глубокому основанію. Большинство писателей (Ферстеръ, Фолькманъ, Ортлофъ, Шмидтъ, Харумъ и др.), какъ на зло г-жѣ Ефименко, видятъ это

основаніе въ нравственномъ значеніи труда. Значитъ и тутъ мы имѣемъ дѣло съ случаемъ отступленія отъ строгости юридической логики въ виду нравственныхъ соображеній. А отсюда и очевидно, какое различіе между трудомъ автора, написавшаго книгу, и трудомъ мужика, сплетшаго лапоть изъ своего лыка.

Не можемъ оставить безъ возраженія критическія замѣчанія автора на книгу проф. Пахмана. Прежде всего намъ кажется страннымъ мнѣніе автора, будто бы задача г. Пахмана — систематизація нашего обычнаго права — съ одной стороны преждевременна, съ другой — приводитъ неизбѣжно къ тому, что истинный духъ обычнаго права улетаетъ. Что касается перваго, то мы глубоко убѣждены—и разобранное изслѣдованіе г-жи Ефименко въ насъ еще болѣе вкоренило это убѣжденіе—что не систематизація обычнаго права преждевременна, а отысканіе въ немъ общихъ началъ, правовыхъ принциповъ; это возможно лишь послѣ того, когда наличный матеріалъ будетъ приведенъ въ порядокъ, въ систему и можно будетъ оріентироваться въ массѣ разнородныхъ, противуположныхъ юридическихъ нормъ, когда явится возможность обстоятельно изучить обычное право со всѣхъ сторонъ въ связи съ условіями жизни народа въ прошедшемъ и настоящемъ. Что касается другаго замѣчанія, будто бы при систематизаціи обычнаго права духъ его вылетѣлъ, то это неосновательно по отношенію къ труду г. Пахмана; еслибъ онъ подтасовывалъ, подтягивалъ факты подъ готовыя рамки, то это было бы такъ, но вѣдь онъ крайне осторожно подходитъ къ матеріалу и только группируетъ отдѣльные институты во всѣхъ разнообразныхъ видахъ ихъ проявленія. О насилованіи фактовъ и, слѣд., уничтоженіи ихъ своеобразныхъ чертъ не можетъ быть и рѣчи. Далѣе авторъ находитъ въ трудѣ г. Пахмана противорѣчіе, т.-е. разъ онъ сказалъ, что трудъ имѣетъ „юридическое" значеніе, какъ сильный экономическій факторъ, а ниже говоритъ, что трудъ не имѣетъ „самостоятельнаго" юридическаго значенія. Послѣ вышеизложеннаго ясно, какое въ этомъ противорѣчіе. Наконецъ, что касается утвержденія автора, быдто бы, по мнѣнію проф. Пахмана, право на вознагражденіе за обработку чужого поля предоставляется только въ томъ случаѣ, когда завладѣніе произошло bona fide, то это совершенно не вѣрно; нигдѣ г. Пахманъ этого не говоритъ; онъ указываетъ лишь на то, что судъ сознаетъ различіе между bona и mala fides, но не строго его проводитъ по послѣдствіямъ (стр. 332), что на него обращается вниманіе, но оно рѣзко не выступаетъ (344 стр.), что встрѣчаются указанія на различіе, но нѣтъ данныхъ для опредѣленія его (стр. 349), что оно иногда принимается въ соображеніе (стр. 45) и т. д.

Опровергнувъ шагъ за шагомъ всю аргументацію г-жи Ефименко, я ожидаю со стороны читателя вопросъ: что же вы дадите вмѣсто опровергнутой аргументаціи г-жи Ефименко? Ничего, любезный читатель, ровно ничего я вамъ не дамъ. Я уже сказалъ, что говорить объ общихъ началахъ, отыскивать ихъ во что бы то ни стало дѣло преждевременное. Фактъ на лицо. Г-жа Ефименко со всѣмъ ея запасомъ знаній въ концѣ концовъ ничего не сдѣлала, не могла установить общаго начала. Что же касается юридическаго значенія труда, то я не обинуясь могу сказать, что онъ, какъ экономическій факторъ, оказываетъ сильное вліяніе на характеръ той или другой юридической нормы; онъ является иногда второстепеннымъ, посредствующимъ фактомъ, вызывающимъ фактъ правопроизводящій. Но нравственное значеніе его—тоже, конечно, вызванное экономическимъ значеніемъ—заставляетъ въ отдѣльныхъ исключительныхъ случаяхъ дѣлать отступленія отъ юридической послѣдовательности и признать какъ бы самостоятельное значеніе его. Дальше этого я не иду. Но я рѣшительнымъ образомъ высказываюсь противъ признанія, не только въ нашемъ обычномъ правѣ; но и вообще—самостоятельнаго юридическаго значенія труда, какъ правового принципа, начала...

---

## II.

## Къ вопросу о собираніи и изслѣдованіи юридическихъ обычаевъ [1]).

До 1882 года вопросъ о нашемъ обычномъ правѣ представлялъ болѣе теоретическій, платоническій, чѣмъ практическій, утилитарный интересъ; занимались имъ лишь изъ чистой любознательности, изъ желанія добыть новый, преимущественно этнографическій, научный матеріалъ. Съ 1882 года, когда былъ образованъ особый комитетъ для составленія проекта новаго гражданскаго уложенія, вопросъ этотъ сталъ на жизненную почву.

Въ Высочайшемъ актѣ, возвѣстившемъ о новой кодификаціи гражданскихъ законовъ, не указаны предѣлы дѣйствія будущаго уложенія, т.-е. не указано—должно ли уложеніе быть написано для однихъ „господъ“ или для всего русскаго народа, должно ли оно быть руководящею книгою только для общихъ и мировыхъ судовъ или же и для судовъ волостныхъ. Не можетъ подлежать сомнѣнію, что комитетъ воспользуется предоставленною ему свободою дѣйствій и составитъ уложеніе для всѣхъ четырехъ, по народному представленію, сословій: „господъ, поповъ, купцовъ и мужиковъ“. Если такъ, то задача комитета и, ближайшимъ образомъ, редакціонной коммиссіи, имъ выбранной, чрезвычайно затрудняется, осложняется.

Въ современной наукѣ признается общимъ мѣстомъ, что институты гражданскаго права, въ ихъ разнообразнѣйшихъ видоизмѣненіяхъ, не создаются законодателемъ, а выростаютъ на почвѣ народной жизни, что законодатель долженъ бережно съ ними обращаться, что радикальная ломка ихъ, конечно, если они не противны этическимъ, соціальнымъ, политическимъ и другимъ началамъ, не должна быть допущена; столь желательная прочность и устойчивость частнаго быта не должна быть отдана въ жертву, кажущейся доктринерамъ столь привлекательной, нивелировкѣ юридическихъ началъ по всей территоріи даннаго государства. Для того, чтобы положенія эти были строго соблюдены, необходимо, чтобы гражданское уложеніе не посягало на начала, выработанныя самою жизнью, чтобы оно ихъ восприняло, словомъ, чтобы въ него вошли нормы обычнаго права. Трудность выполненія этого требованія у насъ—внѣ сомнѣнія: трудно кодифицировать то, что почти неизвѣстно, трудно написать уложеніе для полуграмотныхъ волостныхъ судей, трудно свести къ единству, повидимому, безконечное разнообразіе нормъ обычнаго права. Что касается *перваго* затрудненія, то надо замѣтить, что правительственная коммиссія имѣетъ достаточно средствъ выписать со всѣхъ концовъ Россіи цѣлую груду матеріала: подлинныя книги рѣшеній волостныхъ судовъ и копіи тѣхъ рѣшеній мировыхъ судей, которыя постановлены ими на основаніи обычнаго права (къ 130 ст. уст. гр. суд.). По приказанію министровъ внутреннихъ дѣлъ и юстиціи весь этотъ матеріалъ черезъ мѣсяцъ будетъ въ распоряженіи коммиссіи. Относительно *второго* затрудненія надо сказать, что, конечно, не легко изложить законъ такъ, чтобы неграмотный, которому законъ будетъ прочитанъ, понялъ его; но вѣдь не легка же и, вообще, работа коммиссіи, а между тѣмъ, коммиссія составлена: трудность работы не остановила правительство въ осуществленіи кодификаціи гражданскихъ законовъ; эта же трудность не заставила и наличныхъ членовъ коммиссіи отказаться отъ чести быть

---

[1]) День 1889 г. № 511.

кодификаторами... Затѣмъ, распространенiе силы новаго гражданскаго уложенiя на крестьянъ вызоветъ необходимость преобразованiя волостныхъ судовъ, напр., привлеченiя къ участiю, въ той или другой формѣ, въ этомъ судѣ образованнаго юриста. При этомъ условiи уложенiе, конечно, должно быть написано, безъ подлаживанiя къ народному говору, понятнымъ русскимъ языкомъ. Наконецъ, третье затрудненiе,—еслибы нормы обычнаго права были *безконечно* разнообразны, и еслибы требовалось *полное* объединенiе ихъ,—непреодолимо. Есть нѣкоторое основанiе думать, что разнообразiе это далеко не безконечно и что нѣкоторое объединенiе возможно. Конечно, надо сознаться, что это замѣчанiе, какъ и утвержденiе, противъ котораго оно направлено, нѣсколько апрiорнаго характера: ни то, ни другое не можетъ быть подкрѣплено фактами, но первое представляется болѣе близкимъ къ истинѣ по слѣдующимъ соображенiямъ. Однообразiе и разнообразiе нормъ обычнаго права обусловлено однообразiемъ и разнообразiемъ склада жизни отдѣльныхъ частей государства, гдѣ нормы эти выработались. Административное дѣленiе Россiи на губернiи довольно полно совпадаетъ съ дѣленiемъ ея на части, въ которыхъ внутри замѣчается однообразiе склада жизни, а по сравненiю съ другими частями—разнообразiе его; каждая губернiя имѣетъ свои жизненныя особенности, отличающiя ее отъ сосѣднихъ губернiй. Конечно, внутреннее однообразiе и разнообразiе, сравнительно съ другими частями, можетъ замѣчаться и въ уѣздахъ, даже волостяхъ; но это, вѣроятно, будетъ исключенiемъ. Въ виду связи между складомъ жизни и нормами обычнаго права, можно сказать, что однообразiе и разнообразiе ихъ распредѣляется по болѣе крупнымъ административнымъ единицамъ—губернiямъ, а иногда и уѣздамъ и, вѣроятно, въ рѣдкихъ случаяхъ—волостямъ. Думается, что и по различiю юридическихъ началъ Россiя можетъ быть раздѣлена на части, соотвѣтствующiя болѣе крупнымъ ея административнымъ частямъ. Если такъ, то третье затрудненiе въ воспрiятiи будущимъ уложенiемъ нормъ обычнаго права сводится къ тому, что трудно свести разнообразiе нормъ обычнаго права къ крупнымъ территорiальнымъ единицамъ, ибо локализацiя этихъ нормъ, въ полномъ ихъ составѣ, намъ неизвѣстна. Такъ что это затрудненiе сводится въ сущности къ первому. Когда намъ будутъ извѣстны всѣ матерiалы, изъ коихъ могутъ быть почерпнуты нормы обычнаго права и послѣднiя распредѣлятся по болѣе крупнымъ административнымъ единицамъ, тогда въ уложенiи съ точностью можно выставить общее правило относительно того или другого вопроса и рядомъ съ нимъ—исключенiе, распространяющееся на ту или другую губернiю или, въ крайнемъ случаѣ, на тотъ или другой уѣздъ. Конечно, дѣло не обойдется безъ жертвъ, тому или другому уѣзду, той или другой волости придется отказаться отъ той или другой исключительной нормы обычнаго права—но надо надѣяться, что случаевъ такихъ будетъ немного.

Итакъ, мы приходимъ къ тому, что для кодификацiонныхъ цѣлей надо „собрать разсыпанную храмину“, собрать, изучить и *локализировать*. Должно быть изслѣдовано обычное право всѣхъ безъ исключенiя волостей, т.-е. рѣшенiя *всѣхъ безъ исключенiя* волостныхъ судовъ—этотъ единственный достовѣрный источникъ познанiя обычнаго права (рѣшенiя мировыхъ судей—источникъ дополнительный). Когда изъ рѣшенiй этихъ будутъ извлечены нормы обычнаго права, тогда по отношенiю къ каждой нормѣ съ математическою точностью можно будетъ опредѣлить, гдѣ, въ какой территорiальной единицѣ, она является общимъ правиломъ, въ какой—исключенiемъ. Тогда только разрѣшится, уже a posteriori, вопросъ о томъ, какъ быть съ обычнымъ правомъ,—но, повторяемъ, уже теперь можно предположить, что разрѣшится въ утвердительномъ смыслѣ и другой вопросъ: распредѣляются ли и юридическiя начала по болѣе крупнымъ административнымъ единицамъ.

Все сдѣланное доселѣ въ дѣлѣ изученiя обычнаго права для кодифика-

ціонныхъ цѣлей непосредственно почти никакого значенія не имѣетъ. Есть у насъ не мало сборниковъ юридическихъ обычаевъ, есть сборники рѣшеній волостныхъ судовъ съ „Трудами“ коммиссіи по преобразованію этихъ судовъ во главѣ; есть, наконецъ, не мало талантливо написанныхъ научныхъ работъ по обычному праву, съ извѣстнымъ трудомъ проф. Пахмана во главѣ—но все это лишь цѣнные труды, облегчающіе работу тѣхъ, кто примется за изслѣдованіе обычнаго права, имѣя въ виду кодификаціонныя цѣли. Даже такіе капитальные труды, какъ 6 томовъ „Трудовъ коммиссіи“ и 2 тома „Обычнаго гражданскаго права“ проф. Пахмана, имѣютъ сравнительно не большое значеніе для кодификаторовъ — они ничего не даютъ для разрѣшенія вопроса о *локализаціи* нормъ обычнаго права; первый трудъ для этой цѣли неполонъ—въ немъ содержатся рѣшенія волостныхъ судовъ только 15-ти губерній, да къ тому же лишь до 1872 г. Замѣчательный въ научномъ, теоретическомъ отношеніи трудъ проф. Пахмана, сохраняя значеніе пособія, безъ котораго (говоримъ по собственному опыту) невозможно обойтись при изслѣдованіи практики хотя бы одного волостного суда, даетъ слишкомъ неопредѣленныя свѣдѣнія для кодификаторовъ; эта неопредѣленность объясняется, конечно, характеромъ того источника, изъ котораго почтенный авторъ черпаетъ свои выводы. Такъ, кодификатору необходимо знать въ точности, чтò правило, чтò исключеніе; въ трудѣ проф. Пахмана этой точности нѣтъ: если онъ говоритъ, что такое-то положеніе—общепризнанное, а такое-то отступленіе отъ него встрѣчается въ нѣкоторыхъ мѣстностяхъ, а другое отступленіе—въ немногихъ, то это, въ сущности, значитъ, что въ „Трудахъ коммиссіи“, быть можетъ случайно, оказалось очень много рѣшеній, въ которыхъ данное общее положеніе проведено и нѣсколько менѣе, въ которыхъ проведено одно исключеніе и еще менѣе, въ которыхъ проведено другое. Въ виду такого характера работъ по обычному праву, необходимо снова приняться за собираніе нормъ этого права, приняться и закончить,—изслѣдовать практику волостныхъ судовъ, извлечь изъ рѣшеній *всѣхъ* этихъ судовъ *безъ исключенія* тѣ обычно правовыя нормы, на которыхъ рѣшенія эти основаны. Тогда не трудно будетъ *локализировать* нормы обычнаго права.

Намъ кажется, что дѣло это настолько важно и серьезно, что его слѣдуетъ надлежащимъ образомъ организовать. Какъ, по нашему мнѣнію, его организовать—это вопросъ настолько сложный, что ему придется посвятить отдѣльную статью; пока замѣтимъ лишь, что къ дѣлу должны быть привлечены лица, не только уже получившія, но и заканчивающія юридическое образованіе. Если такихъ лицъ наберется столько, что каждому придется изучить практику двухъ-трехъ волостныхъ судовъ за все время ихъ существованія, то въ самое короткое время весь наличный матеріалъ будетъ собранъ и изслѣдованъ. Мы внесли уже свою посильную лепту въ дѣло собиранія и изслѣдованія юридическихъ обычаевъ, занявшись изученіемъ практики одного изъ волостныхъ судовъ, а именно, Кемецкаго, Новгородской губерніи, Валдайскаго уѣзда за 20 лѣтъ его существованія (см. ниже). Въ такомъ именно направленіи въ настоящее время и должны быть, по нашему мнѣнію, ведены работы по обычному праву.

---

## III.

# Двадцатилѣтняя практика Кемецкаго (Валдайскаго уѣзда, Новгородской губерніи) волостного суда по вопросамъ гражданскаго права [1]).

Проживая лѣтомъ въ пяти верстахъ отъ Кемецкаго волостного суда, я, пользуясь этимъ случаемъ, сталъ часто посѣщать засѣданія этого суда. Ознакомившись съ пріемами, если можно такъ выразиться, судопроизводства, тамъ практикуемыми, и съ нѣкоторыми матеріально-правовыми воззрѣніями, выразившимися въ рѣшеніяхъ по прослушаннымъ мною дѣламъ, я пожелалъ ближе ознакомиться съ практикою этого суда за все время его существованія. Къ счастью „книги рѣшеній" вполнѣ сохранились за все это время, и мнѣ, благодаря счастливо сложившимся обстоятельствамъ, удалось не только ознакомиться съ ними, но и тщательно ихъ изучить. Результатомъ этого изученія и является предлагаемая статья.

## I.

Прежде чѣмъ перейти къ изложенію обычно-правовыхъ нормъ, извлеченныхъ изъ рѣшеній Кемецкаго волостного суда, представимъ нѣсколько статистическихъ данныхъ, касающихся дѣлопроизводства его. Кемецкій волостной судъ учрежденъ въ 1865 г.—по крайней мѣрѣ, въ архивѣ его имѣются книги рѣшеній лишь съ этого года: никакихъ слѣдовъ касательно его учрежденія мы въ архивѣ не нашли и надо полагать, что именно съ этого года волостной судъ явился на смѣну сельской расправѣ. Въ общемъ, книги рѣшеній за 20 лѣтъ велись довольно сносно, хотя по началу видно, какъ трудно было судьямъ свыкнуться съ порядкомъ ихъ веденія. Такъ, напримѣръ, въ 1865 г. рѣшенія подписывались волостнымъ старшиною и писаремъ, а лишь съ 1866 г. неграмотные судьи стали прикладывать свои печати, а грамотные, которыхъ за весь періодъ было четыре человѣка, стали расписываться. Съ 1865 по 1885 г. включительно, въ судѣ происходило 262 засѣданія, въ которыхъ разсмотрѣно 627 дѣлъ, слѣдовательно, около 3 дѣлъ въ засѣданіи. Изъ числа этихъ дѣлъ по 175 постановлены карательные приговоры. Раздѣлять эти дѣла на уголовныя и гражданскія нельзя, потому что во многихъ случаяхъ за уголовныя дѣянія, напр., за похищеніе и присвоеніе чужаго имущества, полагается лишь возвращеніе похищеннаго или присвоеннаго или уплата стоимости, а за правонарушенія чисто гражданскія, напр. неисполненіе заказа, налагаются уголовныя наказанія. Рѣшеній съ одними гражданскими послѣдствіями постановлено 452. Общее число дѣлъ ежегодно разрѣшенныхъ доходитъ среднимъ числомъ до 30 (гражданскихъ 22, уголовныхъ 8), причемъ замѣчается увеличеніе съ 1872 г., когда, вслѣдствіе присоединенія къ Кемецкой волости Котловановской, Котловановскій волостной судъ былъ упраздненъ. Насколько волостной судъ удовлетворялъ лицъ, къ нему обращавшихся и имъ привлеченныхъ, видно изъ числа дѣлъ, по которымъ стороны рѣшеніями суда оставались недовольными. Лишь съ 1868 года стороны начинаютъ выражать свое неудовольствіе, причемъ общая сумма всѣхъ этихъ случаевъ

[1]) Журн. гр. и уг. права. 1887 г. кн. 4.

выраженія неудовольствія выразилась въ цифрѣ 245; изъ числа этихъ случаевъ въ 233 одна сторона выразила свое неудовольствіе, а въ 12 случаяхъ обѣ стороны, слѣдовательно, приблизительно лишь $^1/_3$ общаго числа рѣшеній не удовлетворила тяжущихся. Эти выраженія неудовольствія не должно понимать въ томъ смыслѣ, что недовольные приносили жалобы на рѣшенія въ уѣздное по крестьянскимъ дѣламъ присутствіе; число этихъ жалобъ весьма незначительно: оно среднимъ числомъ не превышаетъ пяти въ годъ. Вышеуказанныя въ суммѣ цифры такъ распредѣляются по годамъ:

| ГОДЪ. | Число засѣданій. | ЧИСЛО ДѢЛЪ. | | | ЧИСЛО НЕДОВОЛЬНЫХЪ. | | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|
| | | Общее. | Граждан. послѣд. | Уголовн. послѣд. | Общее. | Обѣ стороны. | Одна сторона. |
| 1865 | 3 | 3 | 2 | 1 | — | — | — |
| 1866 | 1 | 3 | 2 | 1 | — | — | — |
| 1867 | 5 | 5 | 3 | 2 | — | — | — |
| 1868 | 11 | 18 | 13 | 5 | 1 | — | 1 |
| 1869 | 8 | 11 | 8 | 3 | 2 | — | 2 |
| 1870 | 16 | 24 | 18 | 6 | 4 | — | 4 |
| 1871 | 14 | 39 | 31 | 8 | 11 | — | 11 |
| 1872 | 21 | 63 | 53 | 21 | 28 | 3 | 25 |
| 1873 | 20 | 48 | 43 | 5 | 23 | 3 | 20 |
| 1874 | 14 | 59 | 42 | 17 | 13 | — | 13 |
| 1875 | 18 | 39 | 36 | 3 | 18 | — | 18 |
| 1876 | 14 | 24 | 20 | 4 | 7 | — | 7 |
| 1877 | 18 | 47 | 36 | 11 | 22 | — | 22 |
| 1878 | 21 | 66 | 50 | 16 | 19 | — | 19 |
| 1879 | 11 | 43 | 37 | 6 | 10 | — | 10 |
| 1880 | 10 | 47 | 29 | 18 | 15 | — | 15 |
| 1881 | 12 | 31 | 22 | 9 | 12 | 2 | 10 |
| 1882 | 12 | 42 | 19 | 23 | 15 | — | 15 |
| 1883 | 9 | 20 | 15 | 5 | 12 | 1 | 11 |
| 1884 | 10 | 15 | 13 | 2 | 10 | 2 | 8 |
| 1885 | 9 | 40 | 32 | 8 | 24 | 1 | 23 |
| Итого . | 262 | 627 | 452 | 175 | 245 | 12 | 233 |

## II.

Обращаясь къ разсмотрѣнію результатовъ дѣятельности Кемецкаго волостнаго суда по вопросамъ гражданскаго права, замѣтимъ, что мы распредѣлимъ матеріалъ слѣдующимъ образомъ: сначала изложимъ нормы обычнаго права, касающіяся *собственности*, затѣмъ—*обязательствъ*, *семьи* и, наконецъ, *наслѣдства*.

Начнемъ съ *права собственности*. Сначала укажемъ на дѣла, касаю-

щіяся правъ на *движимыя вещи*. Права эти находятся въ наименьшей, сравнительно съ правами на недвижимыя вещи, зависимости отъ общиннаго строя крестьянскаго быта. Право распоряжаться этими вещами не ограничивается по фискальнымъ соображеніямъ общины. Такъ, былъ случай, что общество хотѣло воспрепятствовать крестьянину въ передачѣ своему кредитору сѣна въ уплату долга. Основаніемъ выставлялось то положеніе, что за крестьяниномъ числится недоимка. Судъ не призналъ права общества стѣснять своихъ членовъ въ распоряженіи своимъ имуществомъ [1]). Не только (какъ въ данномъ случаѣ) интересы кредитора предпочитаются фискальнымъ интересамъ общины, но есть случаи, когда эти интересы общины уступаютъ и интересамъ семьи. Судъ не позволилъ старостѣ продать въ уплату недоимки послѣднюю корову, такъ какъ у недоимщика малыя дѣти въ домѣ. Интересы семьи настолько охраняются, что въ упомянутомъ случаѣ судъ запретилъ даже самому собственнику коровы продавать ее [2]). Надо однако замѣтить, что вообще при взысканіи податей бѣдность не принимается въ соображеніе, и подать взыскивается, т.-е. продается имущество недоимщика [3]) (иногда самая вещь, подлежащая продажѣ, указывается судомъ), а недоимщика, или, какъ ихъ называютъ, упорственника [4]) подвергаютъ тѣлесному наказанію.—Главнѣйшіе *способы пріобрѣтенія* права собственности на движимыя вещи—*договоры* (мѣна, купля-продажа) и *наслѣдованіе* по обычаю и завѣщанію (объ этомъ ниже). — Насколько *находка* является способомъ пріобрѣтенія права, по имѣющимся даннымъ, трудно сказать. Извѣстно лишь, что находчикъ долженъ объявить о находкѣ, а не брать ее тайкомъ [5]), а если онъ этого не сдѣлалъ и упорно отрицаетъ обрѣтеніе, а черезъ нѣкоторое время (3 года) обнаружится, что онъ нашелъ вещь, то съ него взыскивается стоимость ея [6]). Затѣмъ признается способомъ пріобрѣтенія права собственности *оккупація*. Выстрѣлъ, попавшій въ лѣсного звѣря (куницу), но не убившій его, самъ по себѣ не указываетъ на право собственности на звѣря; если послѣдній убѣжалъ и черезъ нѣкоторое время случайно былъ убитъ другимъ лицомъ, то онъ и принадлежитъ этому лицу; если же оно убило его не случайно, а съ желаніемъ отбить у охотника, то право собственности признается за ранившимъ. Это „желаніе отбить" судъ вывелъ изъ того, что отвѣтчикъ пошелъ по слѣдамъ охотника и убилъ звѣря въ самый день пораненія [7]). Тотъ же принципъ проведенъ относительно пчелъ. Тотъ, кто поймалъ рой, отлетѣвшій изъ улья, только тогда пріобрѣтаетъ право собственности на него, когда случайно изловитъ его; но если онъ обнаружитъ намѣреніе отбить рой, т.-е. не дастъ рою сѣсть въ прежній улей или возьметъ его послѣ того какъ онъ туда сѣлъ, то рой имъ не пріобрѣтается, а остается въ собственности владѣльца прежняго улья [8]). Что касается *момента возникновенія* права собственности, то вопросъ этотъ имѣетъ главнѣйшее значеніе при договорномъ установленіи права собственности. По имѣющимся даннымъ не моментъ передачи имѣетъ рѣшающее значеніе, а моментъ заключенія договора. Это мы выводимъ изъ двухъ положеній, несомнѣнно признанныхъ судомъ: 1) неисполненіе пріобрѣтателемъ вещи по куплѣ или мѣнѣ своей обязанности, т.-е. неуплата имъ денегъ или

---

[1]) 1873 г. № 47, дѣло Г. Иванова съ М. Григорьевымъ.

[2]) 1870 г. № 4, дѣло У. Еремѣева съ И. Ивановымъ.

[3]) 1877 г. № 45, дѣло Е. Дмитріева, 1877 г. № 46, дѣло К. Дмитріева, 1877 г. № 47, дѣло Н. Андреева, 1878 г. № 66, дѣло К. Сергѣева.

[4]) 1870 г. № 3, дѣло Н. Васильева.

[5]) 1881 г. № 25, дѣло Н. Васильева съ Еремѣевымъ.

[6]) 1874 г. № 29, дѣло Е. Елисѣева съ И. Игнатьевымъ.

[7]) 1871 г. № 1, дѣло Н. Широкова съ Петровымъ.

[8]) 1885 г. № 36, дѣло Я. Антонова съ П. Антоновымъ.

неотдала вымѣненной вещи, не влечетъ за собою отобраніе у него вещи, а съ него лишь взыскиваются, при куплѣ—деньги, при мѣнѣ—вещь; право собственности на пріобрѣтенную вещь за нимъ уже признано. Изъ десяти случаевъ [1]), разрѣшенныхъ въ такомъ смыслѣ, въ одномъ [2]) судъ постановилъ альтернативное рѣшеніе, съ правомъ выбора отвѣтчика: или возвратить купленную лошадь, или уплатить деньги; въ другомъ постановилъ условное рѣшеніе: если отвѣтчикъ не передастъ требуемую истцомъ, въ силу договора мѣны, вещь (т.-е. не уплатитъ), то долженъ возвратить полученную вещь [3]). Въ остальныхъ случаяхъ прямо постановлено взыскать съ покупщика деньги. 2) Неисполненіе продавцемъ своей обязанности, т.-е. уклоненіе отъ передачи вещи, влечетъ за собою отобраніе купленной вещи у продавца; вещь, слѣдовательно, еще до передачи признается собственностью покупщика. Надо замѣтить, что въ рѣшеніи, коимъ подтверждается это положеніе, покупщикъ еще не исполнилъ своей обязанности—изъ 70 руб. онъ уплатилъ 55 руб.—и несмотря на это, судъ постановилъ отобрать избу, а съ покупщика, своимъ порядкомъ, взыскать 15 руб. [4]). Насколько эта мысль о возникновеніи права собственности покупщика глубоко засѣла въ убѣжденіи судей, видно изъ того, что заявленіе продавца, что изба, въ которой онъ жилъ, сгорѣла, и ему необходимо жить въ запроданной избѣ—не было принято въ соображеніе. Есть два рѣшенія, изъ которыхъ можно бы было сдѣлать противоположный выводъ: а именно, судъ постановилъ, въ виду неисполненія продавцемъ своей обязанности, возвратить покупщику полученныя отъ него деньги [5]). Но оба случая совершенно иной категоріи: въ одномъ — былъ порокъ въ самой вещи — она была чужая, и судъ, слѣдовательно, уничтоживъ сдѣлку, какъ неправильную, призналъ реституцію, которая въ данномъ случаѣ и выразилась въ формѣ возврата полученныхъ денегъ; а въ другомъ—покупщикъ не принималъ вещи, въ виду неудовлетворительныхъ ея качествъ, и просилъ возвратить уплаченную имъ часть цѣны [6]).

Прежде чѣмъ перейти къ вопросу о правѣ собственности на недвижимыя вещи, скажемъ нѣсколько словъ объ *общей собственности* какъ въ движимыхъ, такъ и недвижимыхъ вещахъ. Установляется она какъ въ силу соглашенія [7]), такъ и на основаніи наслѣдованія [8]). Каждый изъ участниковъ имѣетъ право на идеальную долю вещи; никто изъ участниковъ не можетъ какимъ либо образомъ препятствовать другому пользоваться своимъ правомъ [9]); они не могутъ произвольно выдѣлить участника, напримѣръ вырѣзать часть невода, принадлежащую одному изъ участниковъ, и бросить ее на берегъ [10]). На от-

---

[1]) 1870 г. № 22 и 1872 г. № 50, дѣло г. Сухова съ Н. Семеновымъ; 1884 г. № 5, дѣло А. Васильева съ Н. Калистратовымъ; 1875 г. № 7, дѣло А. Калинина съ В. Ивановымъ; 1875 г. № 37, дѣло Ѳ. Егорова съ Глазетовымъ; 1879 г. № 18, дѣло г. Витлока съ Андреевымъ; 1874 г. № 40, дѣло Ѳ. Мартынова съ Г. Ивановымъ; 1878 г. № 6, дѣло Г. Петрова съ И. Николаевымъ; 1885 г. № 34, дѣло И. Максимова съ Д. Ивановымъ.

[2]) 1877 г. № 19, дѣло А. Семенова съ Ф. Филиповымъ; 1876 № 10, дѣло С. Иванова съ М. Сергѣевымъ.

[3]) 1876 г. № 10, дѣло С. Иванова съ М. Сергѣевымъ.

[4]) 1882 г. № 5, дѣло А. Капитонова съ В. Даниловымъ.

[5]) 1870 г. № 18, дѣло Ф. Яковлева съ В. Николаевымъ.

[6]) 1866 г. № 3, дѣло Ф. Дмитріевой съ И. Ивановымъ; 1868 г., № 18, дѣло Харитонова съ товарищами.

[7]) 1883 г. № 15, дѣло братьевъ Матвѣевыхъ.

[8]) 1879 г. № 36, дѣло С. Яковлева съ В. Андрониковымъ.

[9]) 1885 г. № 17, дѣло О. Платонова съ П. Родіоновымъ.

[10]) 1877 г. № 4, дѣло Т. Степанова съ И. Матвѣевымъ.

дѣльнаго участника возлагаются тѣ или другія обязанности, отвѣтственность за надлежащее исполненіе коихъ падаетъ на него. Такъ, въ одномъ случаѣ общенія имущества посторонняго лица съ имуществомъ вдовы — обязанность платить подати лежала на первомъ; онъ же и отвѣчалъ за правильность платежей [1]). Точно также судъ призналъ, что участникъ, у котораго находится ключъ отъ общаго амбара, обязанъ наблюдать за сохранностью всего, что въ амбарѣ находится; въ случаѣ пропажи, онъ и отвѣчаетъ передъ остальными [2]). Разногласія между собственниками разрѣшаются судомъ, причемъ участникъ можетъ просить о выдѣлѣ его части, т.-е. объ уплатѣ стоимости ея [3]). По взаимному согласію возможенъ и раздѣлъ; причемъ доли распредѣляются по жребію; къ производству раздѣла должны быть приглашены всѣ участники, безъ чего раздѣлъ признается судомъ недѣйствительнымъ [4]). Въ одномъ случаѣ судъ постановилъ: пригласить къ присутствованію при раздѣлѣ шесть добросовѣстныхъ крестьянъ [5]). Смерть одного изъ участниковъ не прекращаетъ общаго права собственности; это видно изъ того, что судъ призналъ правильность перехода доли въ общей собственности по духовному завѣщанію [6]). Прекращается общность не только по взаимному согласію [7]), но и вслѣдствіе уничтоженія вещей, напр., пожаромъ; въ послѣднемъ случаѣ остатки должны быть раздѣлены между собственниками [8]). Отъ общей собственности надо отличать общеніе имущества нѣсколькихъ лицъ; пользованіе этимъ имуществомъ принадлежитъ всѣмъ участникамъ, но право собственности на отдѣльныя вещи сохраняется за каждымъ изъ нихъ (не въ идеальной, но въ реальной долѣ). И обычному праву нашему извѣстно такое общеніе. Вслѣдствіе пожара крестьянинъ перешелъ въ чужой домъ; проживъ нѣкоторое время въ общемъ хозяйствѣ, онъ пожелалъ выйти изъ общности и потребовалъ возврата внесенныхъ вещей (коровъ), платы за потребленную принадлежность этой вещи (навозъ), плату за работу и вознагражденіе за оставленныя вещи. Судъ удовлетворилъ его просьбу [9]).

Переходя къ праву собственности на *недвижимое имущество*, остановимся на общинной собственности. Общинное землевладѣніе, даже въ тѣхъ мѣстахъ, гдѣ вовсе нѣтъ передѣловъ или они очень рѣдки (какъ въ Кемецкой волости), представляетъ собою нѣчто весьма подвижное: убываютъ души, т.-е. становятся свободными надѣлы, прибываютъ новыя или со стороны или изъ своихъ общинниковъ. Эта-то подвижность и вызываетъ рядъ препреканій и споровъ, доходящихъ до суда. Въ общинномъ землевладѣніи юридически рѣзко различаются двѣ категоріи имуществъ: „усадебная осѣдлость" и „душевой надѣлъ" (терминологія, несоотвѣтствующая положенію 19 февраля 1861 г., гдѣ въ понятіе душевого надѣла входитъ и усадебная осѣдлость, а то, что крестьяне называютъ надѣломъ, названо „полевыя земли и другія угодья"). Въ усадебную осѣдлость входитъ земля подъ избою и другими хозяйственными постройками и подъ огородомъ. Каждый общинникъ имѣетъ право на осѣдлость, хотя и ограниченное міромъ въ томъ смыслѣ, что передать эту осѣдлость любому лицу по усмотрѣнію нельзя,—міръ можетъ этому воспроти-

[1]) 1886 г. № 3, дѣло Ф. Дмитріева съ И. Ивановымъ.
[2]) 1881 г. № 22, дѣло А. Никитина съ А. Сергѣевымъ.
[3]) 1883 г. № 15, дѣло братьевъ Матвѣевыхъ.
[4]) 1888 г. № 18, дѣло Харитонова съ товарищами.
[5]) 1871 г. № 7, дѣло П. Яковлева съ А. Дементьевымъ.
[6]) 1882 г. № 15, дѣло В. Васильева съ Е. Ивановымъ.
[7]) 1871 г. № 7, дѣло П. Яковлева съ А. Дементьевымъ.
[8]) 1874 г. № 10, дѣло В. Ефимова съ Р. и И. Васильевыми.
[9]) 1875 г. № 15, дѣло С. Андреева съ Н. Федоровымъ.

виться въ виду того, напр., что есть желающіе купить эту землю изъ своихъ общинниковъ (положимъ, возвратившіеся со службы солдаты). Эта осѣдлость можетъ быть передана общинникомъ на различныхъ условіяхъ, напр. въ пожизненное владѣніе; самъ покупщикъ можетъ пользоваться ею, а не дѣти его [1]). Если разъ пріобрѣтена осѣдлость, то она защищается судомъ противъ посягательства какъ самой общины [2]), такъ и отдѣльныхъ лицъ [3]). Но если окажется, что часть этой земли, находящейся подъ огородомъ, стѣсняетъ проходъ или проѣздъ по улицѣ, то міръ имѣетъ право снести огородъ [4]), хотя, съ другой стороны, если хозяйственныя соображенія заставятъ владѣльца осѣдлости перенести дворъ или ворота, въ предѣлахъ своей земли, но такъ, что проходить придется по общественной землѣ, то міръ, какъ сказано въ одномъ рѣшеніи, „долженъ дать проходъ, какъ необходимый въ крестьянскомъ быту“ [5]).—Что касается вновь прибылыхъ душъ со стороны, то и имъ предоставляется пріобрѣсть осѣдлость, но объемъ ихъ правъ на нее опредѣляется пріемнымъ приговоромъ; такъ, имъ можетъ быть предоставлено пожизненное владѣніе, безъ права отчужденія [6]). — Въ составъ „душевого надѣла“ входятъ всякаго рода земли—пашни, сѣнокосы, пастбища, въ опредѣленномъ размѣрѣ; владѣютъ ими чрезполосно, въ виду необходимости, чтобы на каждую душу приходилось одинаковое количество равнокачественныхъ полосъ. Право распоряженія хозяина надѣла ограничено міромъ. Размѣръ его установленъ при освобожденіи крестьянъ, также какъ и число душъ, а слѣдовательно, и число душевыхъ надѣловъ, приходящихся на каждый дворъ. Надѣлъ или часть его могутъ быть проданы, но въ большинствѣ случаевъ уступаются безмездно отдѣльнымъ домохозяевамъ или безмездно же поступаютъ въ міръ. Если надѣлъ поступаетъ къ стороннему лицу, то въ пріемномъ приговорѣ опредѣляются условія пользованія, напр., опредѣляется принадлежащее ему право на топливо [7]). Надѣлъ поступаетъ въ міръ по взаимному согласію его и общинника, въ виду напр., бѣдности вдовы, слѣпоты домохозяина [8]) поступленія сына въ солдаты [9]) и т. п. (въ послѣднемъ случаѣ сынъ сохраняетъ за собою право и на надѣлъ и на другія принадлежности хозяйства [10]). Въ этихъ случаяхъ или цѣлый надѣлъ или часть его поступаетъ въ міръ; часть— тогда, когда въ домѣ остается работникъ, напр., одинъ сынъ сданъ въ солдаты, а другой дома [11]). Надѣлъ поступаетъ въ міръ и помимо желанія общинника; а именно, когда общинникъ продастъ свою осѣдлость (осѣдлость — необходимое условіе владѣнія надѣломъ [12]); когда онъ находится въ острогѣ [13]); когда надѣлъ его не переходитъ по приговору сельскаго схода къ женѣ [14]) и

---

[1]) 1874 г. № 21, дѣло Ѳ. Филимонова съ К. Прокофьевымъ.

[2]) 1875 г. № 11, дѣло А. Данилова съ крестьян. дер. Пестова.

[3]) 1875 г. № 2, дѣло М. Ковалева и П. Алексѣева; 1878 г. № 25 дѣло Д. Иванова съ М. Федоровымъ.

[4]) 1882 г. № 11, дѣло Е. Степанова съ Г. Ефимовымъ.

[5]) 1870 г. № 5, дѣло Г. Андреева съ крестьянами дер. Бухалово.

[6]) 1875 г. № 2, дѣло М. Ковалева съ П. Алексѣевымъ.

[7]) 1873 г. № 15, дѣло В. Игнатьева съ И. Матвѣевымъ, 1876 г. № 8, дѣло П. Васильева съ Н. Федоровымъ.

[8]) 1868 г. № 8, дѣло Ф. Дмитріева съ крест. дер. Бухалово, 1871 г. № 5, дѣло А. Прокофьева съ крест. дер. Бѣленцы.

[9]) 1868 г. № 17, дѣло П. Андреева съ крест. дер. Покровской.

[10]) и [9]) 1874 г. № 1, дѣло Дмитріева.

[11]) 1869 г. № 9, дѣло братьевъ Клементьевыхъ.

[12]) 1869 г. № 5, дѣло Н. Иванова съ крест. дер. Бухолова.

[13]) 1868 г. № 2, дѣло К. Герасимова съ крест. дер. Бухолова.

[14]) 1872 г. № 33, дѣло М. Антиповой.

когда онъ не уплатилъ податей [1]). Надѣлъ или часть его, перешедшіе въ міръ, распредѣляются между остальными домохозяевами или добровольно или принудительно. Общее правило таково, что община имѣетъ право принудить члена взять свободный надѣлъ [2]). При примѣненіи этого положенія возникаетъ много споровъ, которые и разрѣшаются судомъ. Судъ принимаетъ въ соображеніе тѣ обстоятельства, которыя заставляютъ общинника отказаться отъ полученія надбавки [3]). Такъ, судомъ было принято въ соображеніе, что самъ домохозяинъ старъ (50 лѣтъ) и на немъ лежитъ душа, да на 19-ти лѣтнемъ сынѣ—3 души, а меньшой сынъ еще не полный работникъ (16 лѣтъ) [4]). Въ другомъ случаѣ судъ призналъ правильность надбавки въ виду того, что у общинника два сына работника [5]). Бываетъ и такъ, что возникаетъ споръ, кому взять надѣлъ; въ одномъ случаѣ нѣсколько крестьянъ оспаривали право одного изъ нихъ на четвертую душу,—судъ рѣшилъ въ пользу послѣдняго [6]); въ другомъ—крестьянка, взявшая, послѣ смерти односельчанина, его вдову и ребенка, доказывала свое преимущественное передъ другими право на надѣлъ умершаго—судъ удовлетворилъ ея просьбу [7]). Общій же фактъ,— уклоненіе подъ всяческими предлогами, отъ надбавки. Что касается самаго чрезполоснаго пользованія, то споры, по поводу его возникающіе, рѣдко доходятъ до суда. Можно констатировать лишь слѣдующія положенія: 1) Общинникъ, несогласный съ остальными въ способѣ пользованія землею, хотя и долженъ подчиниться большинству, но имѣетъ право на вознагражденіе, какъ бы за прибыль, потерянную вслѣдствіе способа пользованія, принятаго большинствомъ. Такъ, изъ 6 лицъ, владѣвшихъ чрезполосно, одинъ не соглашался дать полосу подъ паръ, какъ того желали остальные, а хотѣлъ ее засѣять; совладѣльцы предлагали ему деньги—стоимость теряемаго имъ посѣва,—онъ не согласился,—судъ присудилъ въ его пользу 4 руб. въ годъ [8]). 2) При чрезполосномъ владѣніи всѣ владѣльцы участвуютъ въ исправленіи изгородей и мостовъ; уклоняющійся отъ этой обязанности уплачиваетъ сдѣланныя за него издержки исправленія [9]). 3) Владѣніе каждаго изъ чрезполосныхъ владѣльцевъ защищается судомъ; произвольный засѣвъ или выкосъ чужой полосы [10]), порча межи [11]), застройка чужой земли [12]) и т. п. влечетъ за собою вознагражденіе владѣльца, но объ этомъ рѣчь впереди.—Наконецъ возникаютъ извѣстныя поземельныя отношенія между общинами и между общинами и частными лицами, а именно: 1) сервитуты: если общинникъ нуждается въ дорогѣ для провоза лѣснаго матеріала черезъ помѣщичью дачу [13]), или общиннику нужна дорога черезъ общинную землю [14]), то дорога можетъ быть проложена; 2) общія обязанности смежныхъ совладѣльцевъ, а именно исправленіе

---

[1]) 1879 г. № 32, дѣло М. Кузьмина.

[2]) 1868 г. № 2, дѣло И. Герасимова съ крест. дер. Бухолова.

[3]) 1869 г. № 5, дѣло Иванова съ крест. дер. Бухолова.

[4]) 1868 г. № 9, дѣло Ф. Иванова съ крест. дер. Горенцищи.

[5]) 1869 г. № 5, дѣло Н. Иванова съ крест. дер. Бухолова.

[6]) 1876 г. № 8, дѣло Н. Васильева съ Н. Федоровымъ.

[7]) 1866 г. № 3, дѣло Ф. Дмитріева съ И. Ивановымъ.

[8]) 1873 г. № 20, дѣло Ѳ. Алексѣева съ Н. Кузяковымъ.

[9]) 1872 г. № 53, дѣло Ф. Кондратьева и др. съ Н. Кузяковымъ.

[10]) 1879 г. № 51, дѣло Е. Леонтьева съ Н. Васильевымъ; 1883 г. № 7, дѣло И. Степанова съ С. Ефимовымъ.

[11]) 1882 г. № 19, дѣло Н. Павлова съ Ф. Семеновымъ.

[12]) 1878 г. № 30, дѣло Е. Борисова съ С. Карповымъ.

[13]) 1872 г. № 3 и 7, дѣло г. Яковлева съ С. Карповымъ и др.

[14]) 1870 г. № 5, дѣло Г. Андреева съ крест. дер. Бухолово.

дорогъ, „если земля крестьянъ другой деревни состоитъ при данной деревнѣ“ [1]); 3) право пастбища въ чужой деревнѣ вмѣстѣ съ ея скотомъ; право это установляется, конечно, договорнымъ соглашеніемъ, причемъ община, пригоняющая скотъ, обязывается сдѣлать изгородь; по прекращеніи общаго пользованія изгородь, по рѣшенію суда, была взята общиною, ее сдѣлавшею [2]).

Что касается *личной недвижимой собственности*, то очевидно, въ виду незначительнаго въ Кемецкой волости количества земель, принадлежащихъ на правѣ личной собственности крестьянамъ, мы только можемъ констатировать фактъ ея существованія: суду весьма рѣдко приходится рѣшать вопросъ о правѣ личной собственности [3]); касается онъ его лишь при разрѣшеніи споровъ объ арендѣ, объ убыткахъ и т. п. Отмѣтимъ лишь тотъ фактъ, что и общинѣ можетъ принадлежать имущество на правѣ личной собственности, напр., земля, амбаръ; имуществомъ этимъ она распоряжается какъ частный хозяинъ, напр., покупаетъ и сдаетъ въ аренду [4]), продаетъ [5]).

Для полноты нашего обзора вещныхъ правъ, надо сказать пару словъ о *правѣ рыбной ловли*. Право это нѣсколько различно: идетъ ли рѣчь о прибрежной ловлѣ, или о ловлѣ на срединѣ озера. Право на первую принадлежитъ береговымъ селеніямъ, т.-е. всѣмъ членамъ общины, а не только береговымъ владѣльцамъ [6]); право же на вторую предоставляется обоимъ противолежащимъ береговымъ селеніямъ, т.-е. весь уловъ дѣлится между ними пополамъ, точно также дѣлятся и деньги, полученныя со съемщиковъ ловли (мытчиковъ) [7]). Какъ та, такъ и другая ловля или сдается въ аренду — и тогда исключается право владѣльца ловить рыбу [8]),—или предоставляется пользованіе на извѣстныхъ условіяхъ, т.-е. за часть улова [9]). Самый фактъ самовольнаго пользованія даетъ владѣльцу лишь право на часть улова [10]). Редакція рѣшеній, касающихся самовольной рыбной ловли, наводитъ на мысль, что ничего противоправнаго въ такомъ уловѣ нѣтъ, и вся вина ловцовъ состоитъ лишь въ томъ, что они не дали части владѣльцамъ озера. Тѣмъ не менѣе, право рыбной ловли защищается судомъ, причемъ со стороны владѣльца запрещается всякое самоуправство противъ ловцовъ, напр., отрѣзаніе якоря [11]).

## III.

Переходимъ къ *обязательственнымъ отношеніямъ*, причемъ сначала разсмотримъ вопросы о *лицахъ*, участвующихъ въ обязательствахъ. Прежде всего требуется, чтобы они были *дѣеспособны*. За несовершеннолѣтнихъ вступаютъ въ обязательственныя отношенія ихъ родители и опекуны. Въ крестьянскомъ быту, гдѣ выгода извлекается изъ всякой рабочей силы, это представительство

---

1) 1875 г. № 23, дѣло Ф. Алексѣева и др. съ Н. Кузяковымъ.

2) 1881 г. № 10, дѣло крест. дер. Гонево съ крест. дер. Ольшево.

3) 1878 г. № 24, дѣло Н. Леонтьева и др. съ Н. Евграфовой.

4) 1885 г. № 25, дѣло Я. Яковлева съ А. Астафьевымъ.

5) 1873 г. № 22, дѣло Ѳ. Ефимова съ А. Степановой.

6) 1878 г. № 44, дѣло крест. дер. Гонево съ крест. дер. Раменья (дер. Гонево и Раменье стоятъ одна противъ другой на озерѣ Кафтинѣ).

7) 1885 г. № 23, дѣло К. Яковлева съ Г. Матвѣевымъ.

8) Ibid.

9) 1885 г. № 20, дѣло А. Гаврилова и др. съ Г. Савельевымъ.

10) 1885 г. № 10, дѣло бр. Емельяновыхъ съ кр. дер. Гонево.

11) 1885 г. № 23, дѣло К. Яковлева съ Г. Матвѣевымъ.

родителей, главнымъ образомъ, проявляется при личномъ наймѣ. Родители вступаютъ въ договоръ за своихъ несовершеннолѣтнихъ дѣтей, отдавая ихъ въ работу и получая за нихъ деньги или иное вознагражденіе [1]), либо отдавая въ обученіе и платя за нихъ мастеру [2]). Точно также и опекуны заступаютъ мѣсто родителей [3]). Родители отвѣчаютъ и за ущербъ и убытки, причиненные ихъ несовершеннолѣтними дѣтьми [4]). Кромѣ этихъ косвенныхъ доказательствъ недѣеспособности несовершеннолѣтнихъ, есть прямыя на то указанія: въ одномъ рѣшеніи была уничтожена купля-продажа, потому что малолѣтній продалъ лошадь, несмотря на то, что на судѣ выяснилось, что у отца лошадь была „сторгована" [5]). Независимо отъ возраста, дѣеспособность ограничивается и хозяйственнымъ положеніемъ: совершать акты, въ коихъ выражается право распоряженія имуществомъ общинника, можетъ лишь домохозяинъ. Главенство домохозяина выражается въ томъ, что даже совершеннолѣтній сынъ можетъ быть отданъ въ работники [6]), но различіе между совершеннолѣтнимъ и несовершеннолѣтнимъ, съ точки зрѣнія дѣеспособности, все-таки не малое; первый можетъ наниматься въ работники и самъ, а послѣдній только при участіи отца. Наконецъ, лицо, удаленное изъ общества за порочное поведеніе, лишается правъ домохозяина и связанной съ этимъ дѣеспособности [7]). Что касается *числа лицъ* въ обязательствахъ, то случаи, когда ихъ по нѣскольку на той и другой, или на той или другой сторонѣ, весьма нерѣдки. Въ большинствѣ случаевъ это суть обязательства совокупно долевыя, причемъ въ однихъ отвѣтственность, равномѣрно или неравномѣрно, распредѣлена pro rata, напр., при довѣренности [8]), поставкѣ [9]), личномъ наймѣ [10]), уплатѣ вознагражденія за убытки отъ потравы [11]), самовольной рыбной ловлѣ [12]) и рубкѣ лѣса [13]), кражѣ [14]) и уплатѣ безчестья [15]); въ другихъ—каждый отдѣльный вѣ-

---

[1]) 1870 г. № 15, дѣло Н. Савельева съ Г. Харитоновымъ; 1871 г. № 26, дѣло М. Григорьева съ Т. Дмитріевымъ, 1871 г. № 36, дѣло К. Иванова съ С. Андреевымъ; 1876 г. № 32, дѣло Т. Кузьмина съ Р. Яковлевымъ; 1882 г. № 23, дѣло Н. съ Р. Яковлевымъ; 1873 г. № 3. дѣло Г. Дементьева съ А. Семеновымъ.

[2]) 1885 г. № 5, дѣло Александрова съ Н. Васильевымъ.

[3]) 1875 г. № 26, дѣло А. Масарово съ В. Ермолаевымъ.

[4]) 1871 г. № 21, дѣло г. Митеръ съ Ивановымъ.

[5]) 1878 г. № 1, дѣло А. Евстафьева съ П. Ержевымъ.

[6]) 1883 г. № 9, дѣло Е. Екимова съ В. Сергѣевымъ.

[7]) 1868 г. № 2, дѣло Н. Герасимова съ крес. дер. Бухолово; 1872 г. № 31, дѣло М. Антоновой, 1870 г. № 16, дѣло В. Андреева съ Ѳ. Михайловымъ и др., 1865 дѣло г. Ж. съ крест. дер. Бухолово.

[8]) 1883 г. № 1, дѣло Г. Васильева и И. Максимова съ крест. дер. Гоголево.

[9]) 1873 г. № 17, дѣло Ѳ. Леонова и др. съ Ѳ. Филатовымъ; 1878 г. № 17, дѣло Я. Федорова съ А. Шаловымъ и др.; 1883 г. № 3, дѣло П. съ Е. Ек. и др.

[10]) 1870 г. № 17, дѣло г. М. съ К. Ермолаевымъ и др.; 1877 г. № 33, дѣло М. Григорьева съ С. Карповымъ и др.; 1878 г. № 23, дѣло г. Мегеръ съ Е. Никандровымъ; 1881 г. № 31, дѣло В. Евдокимова съ А. Захаровымъ.

[11]) 1870 г. № 17, дѣло г. Мигеръ съ К. Ермолаевымъ и др.; 1877 г. № 33, дѣло М. Григорьева съ С. Карповымъ и др.; 1878 г. № 23, дѣло г. Мигеръ съ Е. Никандровымъ; 1881 г. № 31, дѣло К. Евдокимова съ А. Захарьинымъ.

[12]) 1871 г. № 39, дѣло Е. Федорова съ С. Родіоновымъ и др.; 1881 г. № 24, дѣло И. Петрова съ И. Акимовымъ и др.

[13]) 1868 г. № 10, дѣло А. Борисова съ крест. дер. Дунаево.

[14]) 1881 г. № 12, дѣло Т. Степанова съ В. Андреевымъ и др.

[15]) 1876 г. № 15, дѣло Е. Егорова съ И. Ивановымъ и др., 1885 г. № 31, дѣло

ритель имѣетъ право по отношеніямъ къ должнику [1]). Въ трехъ рѣшеніяхъ мы находимъ указанія и на совокупно солидарныя обязательства. Во всѣхъ обязательствахъ этого рода мы замѣчаемъ одну общую черту, дающую намъ основаніе выставить такое положеніе: солидарность не предполагается, а всегда должно быть спеціальное основаніе ея; такъ, въ одномъ случаѣ, а именно, въ договорѣ возки дровъ, стороны условились относительно солидарности; въ другомъ—солидарная отвѣтственность была указана въ рѣшеніи мироваго судьи, на которомъ (рѣшеніи) волостной судъ основалъ свое рѣшеніе; въ третьемъ—солидарность вытекала изъ нераздѣльнаго владѣнія вѣрителями недвижимымъ имуществомъ, которому былъ причиненъ ущербъ. Далѣе, во всѣхъ этихъ случаяхъ признано право регресса должника къ остальнымъ содолжникамъ, за которыхъ онъ уплатилъ кредитору. Это признанное судомъ право регресса и даетъ основаніе видѣть въ обязательствахъ солидарность. Въ первомъ случаѣ, четыре крестьянина приняли на себя обязательство, за круговою порукою, возить дрова; въ обезпеченіе получили задатокъ; трое не исполнили своей обязанности, возилъ лишь одинъ; при разсчетѣ кредиторъ вычелъ съ него задатокъ, данный его товарищамъ; онъ предъявилъ искъ къ товарищамъ, требуя уплаты заплаченныхъ за нихъ денегъ; судъ удовлетворилъ его просьбу [2]). Во второмъ случаѣ фигурируютъ, какъ сказано въ рѣшеніи волостного суда, „участники исполнительнаго листа". Дѣло въ томъ, что за самовольную порубку помѣщичьяго лѣса мировой судья приговорилъ виновныхъ къ уплатѣ вознагражденія сообща. По исполнительному листу была взыскана вся сумма вознагражденія съ однаго; онъ-то и предъявилъ искъ къ своимъ товарищамъ, требуя возврата уплаченныхъ за нихъ денегъ. Судъ удовлетворилъ его требобованіе [3]). Наконецъ, въ третьемъ случаѣ, судъ присудилъ съ крестьянъ цѣлой деревни вознагражденіе за убытки отъ потравы („вслѣдствіе неустройства изгороди") въ пользу двоихъ изъ трехъ владѣльцевъ пустоши [4]). Спустя нѣкоторое время третій совладѣлецъ предъявляетъ также искъ къ той же деревнѣ. Судъ въ искѣ отказалъ, указавъ, между прочимъ, на то, что истецъ долженъ вѣдаться съ остальными совладѣльцами, т.-е. призналъ за нимъ право регресса [5]). Это рѣшеніе замѣчательно еще тѣмъ, что судъ принялъ въ соображеніе возраженія о рѣшенномъ дѣлѣ (exc. rei judicatae).

По вопросу объ *установленіи* обязательствъ, мы укажемъ на нѣкоторыя положенія общей теоріи *договоровъ*. Для заключенія договора требуется, прежде всего, *сознательная воля* каждаго изъ вступающихъ въ договоръ. Въ Кемецкомъ судѣ, за 21 годъ его существованія, были лишь два гражданскихъ дѣла, въ которыхъ рѣчь шла объ опьяненіи. Сынъ въ пьяномъ видѣ промѣнялъ отцовскую лошадь на другую; отецъ просилъ уничтожить сдѣлку и возвратить лошадь; судъ удовлетворилъ его просьбу [6]). Изъ рѣшенія прямо не видно, имѣлъ ли судъ въ виду пьяное состояніе сына или то, что была продана чужая вещь. Есть основаніе думать, что судъ руководился именно послѣднимъ соображеніемъ. Еслибы онъ руководился первымъ, т.-е. имѣлъ бы въ виду безсознательное состояніе, то едва ли бы присовокупилъ къ своему рѣшенію:

---

М. Степанова съ брат. Ивановыми, 1885 г. № 14, дѣло М. Ульянова съ И. Петровымъ и друг.

[1]) 1872 г. № 55, дѣло Варфоломѣева и др. съ П. Кузьминымъ, 1875 г. № 30, дѣло Ф. Алексѣева и др. съ Н. Кузяковымъ.

[2]) 18?5 г. № 9, дѣло М. Степанова съ И. Ивановымъ и др.

[3]) 1878 г. № 10, дѣло Ф. Миронова съ Д. Васильевымъ и др.

[4]) 1872 г. № 6, дѣло Н. Кузякова съ крест. дер. Горешница.

[5]) 1872 г. № 44, дѣло В. Широкова съ крест. дер. Горешница.

[6]) 1882 г. № 4, дѣло О. Иванова съ Г. Степановымъ.

„наказать сына 10 ударами розогъ". Въ другомъ дѣлѣ рѣшительно нельзя себѣ выяснить, какое значеніе имѣло пьяное состояніе. Крестьянинъ просилъ взыскать съ бабы 3 руб., которые она взяла у пьянаго. Судъ отказалъ ему въ искѣ [1]). Все затрудненіе въ словѣ „взяла". Неизвѣстно, значитъ ли „взяла"— взяла въ займы или на храненіе, или же взяла изъ кармана, т.-е. украла. Затѣмъ, что касается *соотвѣтствія воли* контрагентовъ съ ея выраженіемъ, то мы имѣемъ три случая, изъ коихъ одинъ приходится на ошибку и два— на притворныя сдѣлки. Въ первомъ случаѣ судъ призналъ ошибку въ размѣрѣ предмета договора—несущественной. П. продалъ Н. „дрова съ горѣлыхъ суковъ" сколько окажется, причемъ Н. долженъ былъ ихъ „разработать". Когда оказалось, что суковъ больше, чѣмъ П. опредѣлилъ сначала, то онъ не сталъ ихъ давать Н. Судъ обязалъ его къ этому [2]). A contrario, изъ этого рѣшенія, конечно, можетъ быть сдѣланъ выводъ, что только существенная ошибка даетъ основаніе къ уничтоженію договора. Что касается притворныхъ сдѣлокъ, то онѣ, по крайней мѣрѣ, поскольку не противоправны, признаются судомъ. Мало того, въ одномъ случаѣ самъ судъ указалъ, какъ симулировать сдѣлку. Собственникъ, сдавая землю въ аренду, выставилъ въ договорѣ такое условіе: если арендаторъ пожелаетъ купить землю, то уплаченныя арендныя деньги должны быть вычтены изъ покупной цѣны. На жалобу арендатора, что собственникъ не продаетъ ему землю, судъ предложилъ заключить фиктивную сдѣлку, а именно, онъ обязалъ собственника выдать арендатору вексель на сумму полученныхъ имъ арендныхъ денегъ и обѣимъ сторонамъ совершить купчую [3]). Въ другомъ случаѣ заемъ былъ прикрытъ порученіемъ заложить вещь кредитора. Одинъ далъ другому шубу, чтобы тотъ ее заложилъ и взялъ себѣ деньги, а квитанцію (дѣло было въ Петербургѣ) передалъ собственнику шубы. Послѣдній выкупилъ шубу и требуетъ уплаты полученныхъ должникомъ подъ залогъ ея денегъ. Судъ присудилъ ихъ въ его пользу [4]). Далѣе, относительно *основанія* договора (causa obligandi) судъ держится строго формальнаго начала: коль скоро долгъ есть, то какое бы ни было его основаніе— онъ долженъ быть уплаченъ. Такъ, въ одномъ случаѣ, основаніемъ долга служила кража. Истецъ представилъ въ судъ расписку, въ которой отвѣтчикъ обязуется украденныя имъ изъ кармана истца деньги уплатить въ такіе-то сроки. Судъ призналъ полную силу акта [5]). Въ другомъ случаѣ основаніемъ долга было изнасилованіе. Въ письменномъ актѣ прямо значилось, что отвѣтчикъ обязанъ уплатить истцу 25 руб. за изнасилованіе его, истца, дочери. Судъ постановилъ: взыскать [6]). Въ третьемъ случаѣ основаніемъ долга были побои, нанесенные кредитору; судъ призналъ полную силу этого договора или, какъ сказано въ рѣшеніи, „миролюбивой расписки" [7]). Что касается *содержанія договоровъ*, то не говоря уже о *срокахъ*, встрѣчающихся во всѣхъ договорахъ, имѣется нѣсколько дѣлъ, въ которыхъ говорится объ отлагательномъ *условіи* (conditio suspensiva), а именно: мачиха обѣщалась подарить пасынку избу, доставшуюся ей въ наслѣдство отъ мужа, его отца, если она выйдетъ замужъ. Пасынокъ завладѣлъ избою; мачиха жаловалась суду, говоря, что изба не его, а ея. Въ промежутокъ времени отъ подачи просьбы до судебнаго засѣданія, истица вышла замужъ, и судъ призналъ право пасынка на

---

[1]) 1872 г. № 36, дѣло С. Васильева съ М. Зуевой.
[2]) 1878 г. № 6 д. Г. Петрова съ И. Николаевымъ.
[3]) 1881 г. № 2 д. Г. Андреева съ Ѳ. Авдѣевымъ.
[4]) 1875 г. № 2 д. Г. Федорова съ В. Ивановымъ.
[5]) 1889 г. № 3, д. И. Яковлева съ К. Ерасовымъ.
[6]) 1885 г. № 19, д. С. Пантелѣева съ И. Максимовымъ.
[7]) 1885 г. № 14, д. М. Ульянова съ В. Петровымъ.

избу [1]). Въ другомъ случаѣ, одинъ изъ родственниковъ умершаго предъявилъ искъ о части наслѣдства къ другому родственнику, причемъ заявилъ, что если ему часть эта будетъ присуждена, то онъ жертвуетъ ее въ пользу церкви [2]). Въ третьемъ случаѣ видно произвольное условіе, а именно: собственникъ земли обязался передъ кредиторомъ продать ему землю, если тотъ того пожелаетъ [3]). *Форма* договоровъ, конечно, преимущественно словесная. Изъ 140 договоровъ, о которыхъ идетъ рѣчь въ рѣшеніяхъ суда, словесныхъ было 95, письменныхъ 45, но изъ числа послѣднихъ лишь 11 могутъ считаться обычно правовыми формами; остальные же 34 составляютъ: одна—сохранная расписка волостнаго правленія, одинъ вексель, выданный ссудо-сберегательному товариществу и 32 книжки этого товарищества. Вывести изъ имѣющихся данныхъ какую-либо общую теорію о письменной формѣ, едва-ли возможно. Замѣтимъ лишь: 1) наичаще въ письменную форму облекаются заемныя обязательства и вообще обязательства уплаты денегъ [4]), всего же рѣже (два случая) личный наемъ [5]); 2) ни одинъ изъ имѣющихся договоровъ съ „господами“ не облеченъ въ письменную форму [6]) (какъ это практикуется въ нѣкоторыхъ мѣстностяхъ); это находится въ связи съ тѣмъ, что съ господами заключаются главнымъ образомъ такіе договоры, которые обыкновенно заключаются словесно (личный наемъ, купля-продажа движимости). 3) По вопросу о степени обязательности письменной формы для тѣхъ или другихъ договоровъ ни къ какимъ положительнымъ выводамъ придти нельзя. О правѣ на рыбную ловлю въ чужомъ озерѣ судъ разъ прямо высказалъ, что необходимъ „актъ о владѣніи“ [7]); въ другомъ случаѣ онъ основалъ свое рѣшеніе на рѣшеніи съѣзда мировыхъ судей, которымъ признано было право истцовъ-арендаторовъ на рыбную ловлю [8]); въ остальныхъ же случаяхъ, разрѣшая споры о рыбной ловлѣ, судъ никакихъ письменныхъ актовъ не требовалъ [9]). Не придерживаясь опредѣленнаго начала по этому вопросу вообще, судъ не предъявляетъ никакихъ требованій къ способу совершенія письменныхъ актовъ; такъ, относительно договоровъ о пріобрѣтеніи права собственности на недвижимое имущество, въ одномъ случаѣ, судъ высказался за необходимость совершенія нотаріальнаго акта [10]); въ другомъ — довольствовался актомъ, засвидѣтельствованнымъ въ волостномъ правленіи [11]). 4) Наконецъ, можетъ быть выставлено

---

[1]) 1886 г. № 1, д. Федоровой съ Г. Николаевымъ.

[2]) 1877 г. № 35, д. К. Лаврентьева съ Я. Никитинымъ.

[3]) 1881 г. № 2, д. Г. Андреева съ О. Авдѣевымъ.

[4]) 1870 г. № 20, д. Г. Ефимова съ А. Яковлевымъ, 1874 г. № 40, д. Ѳ. Мартынова съ П. Ивановымъ, 1879 г. № 3, д. И. Яковлева съ К. Ересовымъ, 1881 г. № 20, дѣло Г. Игнатьева съ В. Антоновымъ, 1885 г. № 19. д. И. Максимова съ Пантелѣевымъ.

[5]) 1878 г. № 17, д. З. Федорова съ А. Ивановымъ и др. 1883 г. № 17, д. В. Михайлова съ К. Ефимовымъ.

[6]) 1870 г. № 13, д. г. Жегаловой съ А. Михайловымъ и др. № 22, д. Г. Сухова съ А. Семеновымъ и др., 1871 г. № 18, д. г. Погужельскаго съ С. Парамоновымъ, 1880 г. № 12, д. г. Конторова съ Д. Аѳанасьевымъ, 1881 г. д. Костырева съ П. Ефимовымъ, 1878 г. № 14, д. г. Гюбнеръ съ Ѳ. Петровымъ, 1878 г. № 31 д. г. Галуновскаго съ А. Ивановымъ, 1884 г. № 23, д. г. Пинуса съ Е. Есиповымъ.

[7]) 1881 г. № 24, д. И. Петрова съ И. Алексѣевымъ и др.

[8]) 1885 г. № 10, д. бр. Елисѣевыхъ съ кр. дер. Гонева.

[9]) 1882 г. № 7, д. А. Захарова съ Е. Ивановымъ. 1875 г. № 4, д. кр. дер. Гонево съ крест. дер. Гоголево, 1873 г. № 21, д. П. Карпова съ В. Матвѣевымъ и др. 1872 г. № 46, д. С. Андреева съ Богдановымъ, 1878 г. № 19, д. С. и Г. Васильевыхъ.

[10]) 1881 г. № 2, д. Г. Андреева съ О. Авдѣевымъ.

[11]) 1882 г. № 2, д. Н. Леонтьева съ И. Николаевымъ.

одно положеніе, касающееся принадлежностей письменнаго акта: если актъ совершенъ, то онъ тогда лишь утверждаетъ право [1]), когда въ немъ означены „годъ и число" его совершенія; безъ этого даже засвидѣтельствованіе его волостнымъ правленіемъ не придаетъ ему юридической силы [2]). Кромѣ договоровъ, источникомъ обязательства признается и правонарушеніе, — но объ этомъ будетъ рѣчь ниже, при разсмотрѣніи отдѣльныхъ обязательствъ.

Переходимъ къ вопросу объ *обезпеченіи обязательствъ*. Что касается договорной *неустойки*, то ни одного случая ея примѣненія мы не нашли; такъ называемая законная неустойка, налагаемая судомъ, или денежная пеня, встрѣчается только одинъ разъ: истецъ имѣлъ право, по письменному договору, на 25 руб., а въ его пользу присудили 30 руб. [3]). Обстоятельства, касающіяся этого договора, были дѣйствительно таковы, что имѣлось основаніе наказать отвѣтчика: разъ—causa обязательства было изнасилованіе, другое—срокъ уплаты былъ весьма продолжительный—три года. Но обычному праву, какъ извѣстно, знакомы не только денежныя пени, но и, такъ сказать, тѣлесныя пени: за неисполненіе обязательства полагаются розги. Такихъ случаевъ было три и всѣ по договору личнаго найма [4]). — Вопросъ о *задаткѣ* разрѣшенъ довольно своеобразно. Прежде всего выдача задатка служитъ признакомъ окончательно заключеннаго договора,—соглашеніе контрагентовъ тутъ, внѣшнимъ образомъ, явственно выражается. Какъ обоюдо-обезпечительное средство для контрагентовъ, значеніе задатка, въ средѣ состоятельныхъ людей, въ томъ и состоитъ, что въ случаѣ неисполненія обязательства лицомъ, давшимъ задатокъ, онъ теряется, а въ случаѣ неисполненія лицомъ получившимъ—возвращается вдвойнѣ. Такимъ путемъ уравновѣшиваются интересы обѣихъ сторонъ. Ни въ одномъ изъ 12 рѣшеній по дѣламъ о неисполненіи обязательствъ лицомъ, взявшимъ задатокъ, судъ не приказывалъ возвратить его вдвойнѣ, въ 10 случаяхъ задатокъ лишь долженъ былъ быть возвращенъ [5]). Оно и понятно: въ средѣ бѣднаго люда, каковы обитатели Кемецкой волости возвратить задатокъ въ размѣрѣ полученнаго (т.-е. добыть соотвѣтствующую сумму денегъ) несравненно труднѣе, чѣмъ, въ средѣ состоятельныхъ людей, возвратить его въ двойномъ количествѣ. Здѣсь уравновѣшеніе интересовъ вполнѣ достигается возвратомъ задатка въ размѣрѣ полученнаго. Законъ, который ввелъ бы такое правило въ этой мѣстности, могъ бы быть названъ драконовскимъ. Насколько судьи понимаютъ трудность возврата задатка, даже въ размѣрѣ полученнаго, и стараются облегчить, конечно, не въ ущербъ твердости и исполнимости обязательствъ, положеніе неисправнаго должника, видно изъ слѣдующаго: 1) въ одномъ случаѣ на должника (что гораздо мягче) была возложена обязанность возвратить задатокъ не деньгами, а работою [6]), и 2) въ трехъ случаяхъ судъ

---

[1]) 1878 г. № 37, д. И. Евграфова съ И. Ивановымъ.

[2]) 1885 г. № 19, д. И. Максимова съ В. Пантелѣевымъ.

[3]) 1887 г. № 21, д. И. Иванова съ У. Ефимовымъ, 1878 г. № 14, д. г. Гюбнера съ Ѳ. Петровымъ, 1880 д. № 23, д. М. Никитиной съ А. Федоровымъ.

[4]) 1877 г. № 21, д. И. Иванова съ У. Ефимовой, 1878 г. № 14, д. г. Гюбнера съ Ѳ. Петровымъ, 1880 г. № 23. д. М. Никитиной съ А. Федоровымъ.

[5]) 1870 г. № 18, д. Ф. Яковлева съ В. Николаевымъ, 1872 г. № 14, д. Е. Сергѣева съ Н. Герасимовымъ, 1873 г. № 14, д. И. Григорьева съ Г. Федоровымъ, 1874 г. № 9, д. В. Ермолаева съ Ѳ. Набиренко, 1877 г. № 12, д. С. Александрова съ Г. Степановымъ, 1877 г. № 4, д. Т. Степанова съ И. Матвѣевымъ, 1878 г. № 31, д. г. Глуповскаго съ А. Ивановымъ; 1883 г. № 1, д. Г. Васильева съ кр. дер. Гонево, 1884 г. № 3, д. П.—съ Е. Екимовой и др., 1885 г, № 9, д. М. Степанова съ И. Ивановымъ и др.

[6]) 1878 г. № 31, дѣло г. Глушевскаго съ А. Ивановымъ.

вовсе не обязывалъ должника къ возврату задатка, а предписалъ ему исполнить принятую на себя обязанность [1]), пригрозивъ даже въ случаѣ неисполненія, не возвратомъ задатка, а розгами. *Залогъ*, какъ средство обезпеченія, надо полагать, практикуется весьма рѣдко. Если не считать вышеуказаннаго случая притворной сдѣлки, совершенной въ Петербургѣ [2]), нѣтъ ни одного рѣшенія, касающагося этого института. Близкій къ залогу институтъ *задержанія* чужихъ вещей (jus retentionis) встрѣчается какъ въ формѣ пріостановленія исполненія какого либо обязательства, до исполненія кредиторомъ другаго обязательства по отношенію къ должнику, такъ и въ формѣ простаго удержанія вещей должника. Что касается перваго, то былъ только одинъ случай. Истецъ требовалъ уплаты денегъ; отвѣтчикъ признавалъ долгъ, но заявилъ, что рѣшительно не уплатитъ, пока истецъ не выдастъ принадлежащихъ ему, отвѣтчику, вещей. Судъ постановилъ взыскать съ отвѣтчика деньги, а съ истца—вещи [3]). Что тутъ идетъ рѣчь о задержаніи, а не о договорномъ залогѣ, видно изъ заявленія отвѣтчика: если бы онъ разумѣлъ въ данномъ случаѣ залогъ, то не требовалъ бы сначала возврата вещей. Если бы отвѣтчикъ далъ вещь въ обезпеченіе долга въ видѣ залога, то онъ понялъ бы, что сначала надо уплатить долгъ, а затѣмъ уже требовать вещи; если же онъ требуетъ сначала вещи — значитъ и по его мнѣнію онъ вправѣ не платить ранѣе полученія вещей. И судъ не видѣлъ въ этомъ случаѣ залога: онъ постановилъ два рѣшенія, соединивъ ихъ внѣшнимъ образомъ въ одно, чѣмъ и показалъ, что, по его мнѣнію, права сторонъ совершенно независимы одно отъ другаго, находятся внѣ всякой связи между собою. Вторая форма задержанія примѣняется лишь при личномъ наймѣ и при потравахъ. Въ первомъ случаѣ наниматель счелъ себя вправѣ удержать одежду работника, забравшаго впередъ деньги и отошедшаго отъ мѣста [4]). Въ случаяхъ втораго рода за собственникомъ признается право задержать скотъ, потравившій хлѣбъ, траву—до уплаты вознагражденія за убытки и затѣмъ требовать уплаты и за прокормъ [5]). Собственникъ животнаго не имѣетъ права тайкомъ его увести [6]); онъ не можетъ и требовать вознагражденія за убытки, причиненные удержаніемъ [7]). Надо еще замѣтить, что изъ числа 37 рѣшеній о потравахъ, лишь въ четырехъ [8]) рѣчь шла о задержанномъ скотѣ, изъ чего можно сдѣлать выводъ, что удержаніе рѣдко практикуется.

Остановимся нѣсколько на *прекращеніи* обязательствъ, понимая это прекращеніе въ обширномъ смыслѣ, т.-е. какъ прекращеніе на обѣихъ сторонахъ, такъ и на одной сторонѣ. Самый нормальный способъ прекращенія обязательствъ—*исполненіе*. Общій принципъ—pacta sunt servanda, проводится съ неумалимою послѣдовательностью и твердостью. Въ одномъ лишь случаѣ судъ отказалъ въ искѣ по займу, ссылаясь на то, что отвѣтчику нечѣмъ уплатить выкупную недоимку [9]),—хотя дѣйствительный смыслъ этого рѣшенія тотъ, что отвѣтчику дана отсрочка до уплаты имъ выкупной недоимки; въ

---

[1]) 1880 г. № 23, дѣло М. Никитиной съ А. Федоровымъ; 1874 г. № 32, дѣло крест. деревни Чижова, съ кр. деревни Васильево; 1875 г. № 17, дѣло В. Игнатьева съ Т. Дмитріевымъ.

[2]) 1875 г. № 2, дѣло Г. Федорова съ В. Ивановымъ.

[3]) 1873 г. № 21, дѣло А. Макарова съ А. Леонтьевымъ.

[4]) 1874 г. № 23, дѣло С. Ерофѣева съ Я. Емельяновымъ.

[5]) 1883 г. № 10, дѣло г. Матеръ съ Ѳ. Яковлевымъ.

[6]) 1874 г. № 21, дѣло А. Макарова съ А. Леонтьевымъ.

[7]) 1872 г. № 47, дѣло дьячка Добромыслова съ Г. Семеновымъ.

[8]) Ibid., 1870 г. № 22, дѣло М. Михайлова съ г. Матеръ.

[9]) 1876 г. № 5, дѣло А. Никифорова съ А. Дементьевымъ.

громадномъ большинствѣ случаевъ судъ, снисходя къ положенію отвѣтчика, какъ увидимъ ниже, даетъ отсрочки, разсрочиваетъ платежи, измѣняетъ предметъ обязательства (новація); если же нѣтъ обстоятельствъ, уменьшающихъ гражданскую вину отвѣтчика, судъ постановляетъ безусловно—взыскать. Производство взысканія поручается волостному старшинѣ или сельскому старостѣ; въ одномъ лишь случаѣ (перестройка двора) судъ постановилъ: нанять когонибудь другаго на счетъ отвѣтчика [1]). Иногда судъ, постановляя рѣшеніе о взысканіи денегъ, прибавляетъ: „описать что̀ найдется несоставляющаго разоренія хозяйству“ [2]). Что касается *лицъ*, противъ и въ пользу коихъ производится исполненіе, то уплата, произведенная по ошибкѣ не тому, кто имѣлъ право на нее, даетъ уплатившему право требовать деньги обратно отъ получившаго ихъ [3]). Затѣмъ, относительно *предмета* исполненія выставляется то общее положеніе, что одна изъ сторонъ безъ согласія другой [4]) измѣнить его не можетъ: должникъ обязанъ совершить именно то дѣйствіе, къ совершенію котораго обязался. Судъ такъ строго держится этого начала, что даетъ кредитору, уже принявшему не то, что̀ условлено, право возвратить полученное и потребовать условленное. Такъ, дѣвушка, нанятая въ няньки, взяла вмѣсто жалованья платокъ; судъ призналъ за нею право возвратить платокъ и получить деньги [5]). Далѣе, обязательство должно быть исполнено *надлежащимъ образомъ*, въ противномъ случаѣ или дѣлается вычетъ изъ причитающагося вознагражденія [6]), или взыскивается вознагражденіе за ущербъ, напримѣръ, уплата стоимости передѣлки дурно крытой крыши [7]); при наличности уголовнаго элемента, виновный подвергается наказанію. Такъ, мельникъ взялся смолоть привезенное къ нему зерно, причемъ истецъ, отлучившись, сказалъ ему, чтобы безъ него не мололъ; въ его отсутствіе, мельникъ зерно смололъ, и въ мукѣ оказался недочетъ. Судъ постановилъ взыскать присвоенную муку, а за обманъ (и угрозы зарѣзать) подвергнуть аресту на два дня [8]). Въ другомъ случаѣ работникъ безъ спросу отлучился, оставивъ скотъ безъ корма,—судъ подвергнулъ его 15 ударамъ розогъ [9]). *Мѣстомъ* исполненія признается мѣсто нахожденія кредитора. Это видно изъ слѣдующихъ двухъ дѣлъ. Нѣсколько рыболововъ обязались поставить всю наловленную ими рыбу, причемъ получили задатокъ. Рыбы они не поставили, а продали ее на сторонѣ. Покупщикъ предъявилъ искъ о возвратѣ задатка. Отвѣтчики возразили (что̀ и потверждено свидѣтелями), что истецъ не приходилъ за рыбою и что они не разъ за нимъ посылали. Судъ постановилъ взыскать съ рыболововъ задатокъ [10]), т.-е. разрушилъ договоръ, признавъ тѣмъ самымъ, что отвѣтчикъ долженъ былъ прислать рыбу къ истцу, иначе: исполнить договоръ на мѣстѣ нахожденія истца-кредитора. Другой случай такого рода: произошла потрава; собственникъ земли задержалъ скотъ до прихода собственника и уплаты имъ вознагражденія; послѣдній жаловался суду на „передержку“ скота, т.-е. на то, что отвѣтчику—кредитору по обязательству о вознагражденіи за убытки отъ потравы—слѣдовало придти къ нему истцу—должнику—заявить о потравѣ

---

[1]) 1870 г. № 12, дѣло П. Михайлова съ Г. Ивановымъ.
[2]) 1867 г. № 2, дѣло Петрова съ Федоровымъ.
[3]) 1882 г. № 26, дѣло К. Сидорова съ А. Васильевымъ.
[4]) 1880 г. № 1, дѣло П. Гурьянова съ В. Сергѣевымъ.
[5]) 1870 г. № 15, дѣло Н. Савельева съ Г. Харитоновымъ.
[6]) 1869 г. № 7, дѣло Г. Самсонова съ мѣщ. Никитинымъ.
[7]) 1882 г. № 8, дѣло г. Равенскаго съ Г. Федоровымъ.
[8]) 1885 г. № 7, дѣло М. Козырева съ А. Степановымъ.
[9]) 1878 г. № 14, дѣло г. Гюбнеръ съ Ѳ. Петровымъ.
[10]) 1883 г. № 1, дѣло Г. Васильева съ кр. деревни Гоголево.

получить деньги и освободить скотъ. Судъ отказалъ въ искѣ и тѣмъ призналъ, что отвѣтчикъ-кредиторъ не долженъ былъ являться къ истцу—должнику за удовлетвореніемъ [1]).—Относительно *времени* исполненія общее правило, конечно, то, что обязательство должно быть исполнено въ срокъ. Отсрочка и разсрочка дается судомъ весьма рѣдко, — всего десять случаевъ [2]); причемъ судъ не принимаетъ въ соображеніе ни того, что кредиторомъ уже дана отсрочка, ни того, что со времени просрочки прошло уже нѣсколько лѣтъ. Наконецъ, надо замѣтить, что до истеченія срока исполненіе не можетъ быть потребовано [3]). Объ *удостовѣреніи* исполненія никакихъ данныхъ не имѣется; есть рядъ случаевъ, когда кредиторомъ выдавались расписки или дѣлались отмѣтки въ книжкахъ, но тутъ примѣнялись не обычно-правовыя нормы, а правила устава ссудо-сберегательнаго товарищества.—Затѣмъ, къ способамъ прекращенія обязательствъ относится и *неисполненіе одною изъ сторонъ* (въ двухстороннихъ договорахъ) *своей обязанности*. Практика Кемецкаго суда въ этомъ вопросѣ замѣчательно согласуется съ положеніями, выработанными современной наукой (см. Ферстеръ, т. I, изд. 3, стр. 520—521). Дѣлается различіе между обязательствами установленія права на вещь (купля-продажа, мѣна, аренда) и обязательствами личнаго характера (личный наемъ, подрядъ и т. д.). Говоря выше о моментѣ пріобрѣтенія права собственности, мы показали, что преобладающая тенденція въ практикѣ суда по этому вопросу та, что право собственности пріобрѣтается съ момента заключенія договора и, слѣдовательно, неисполненіе одною изъ сторонъ своей обязанности, влечетъ за собою не прекращеніе договора, а принудительное возстановленіе его силы. То-же самое положеніе признано и по отношенію къ арендѣ. Въ случаѣ уклоненія наймодавца отъ предоставленія имущества арендатору, онъ принуждается къ тому судомъ [4]); отказъ арендатора отъ аренды, съ освобожденіемъ отъ платы, не допускается; онъ можетъ отказаться, но долженъ уплатить арендныя деньги до срока [5]). Что касается обязательствъ съ личнымъ характеромъ, то неисполненіе заключается здѣсь или въ прекращеніи дальнѣйшаго совершенія непрерывныхъ дѣйствій, изъ которыхъ слагается исполненіе и часть которыхъ исполнена, или же въ совершенномъ уклоненіи отъ совершенія этихъ дѣйствій. Изъ 14 случаевъ неисполненія работъ, лишь въ четырехъ судъ приказалъ исполнить обязательство [6]), въ остальныхъ договоръ признанъ прекратившимся. Въ этихъ-то послѣднихъ случаяхъ въ дальнѣйшемъ и выступаетъ различіе, между тѣмъ, прекращено ли уже начавшееся исполненіе или исполненія вовсе не было. Въ послѣднемъ случаѣ, рядомъ съ прекращеніемъ договора, взыскивается лишь задатокъ [7]); при прекращеніи же начавшагося исполненія, ря-

---

[1]) 1872 г. № 48, дѣло дьячка Добромыслова съ Г. Семеновымъ.

[2]) 1870 г. № 13, дѣло г. Жигиной съ А. Михайловымъ; 1870 г. № 20, дѣло Г. Ефимова съ С. Петровымъ; № 23, дѣло П. Кирѣева съ В. Петровымъ; 1881 г. № 13, дѣло г. Костырева съ П. Ефимовымъ, 1875 г. № 14, дѣло И. Тимофѣевой съ В. Степановымъ: 1881 г. № 18, дѣло К. Ефимова съ С. Ананьевымъ, № 20, дѣло Г. Игнатьева съ В. Антоновымъ. 1879 г. № 55, дѣло В. Васильева съ Г. Петровымъ; 1872 г. № 33, дѣло Я. Никитина съ П. Морозовымъ; 1880 г. № 20, дѣло П. Максимова съ Г. Игнатьевымъ.

[3]) 1871 г. № 24, дѣло Д. Захарова съ Ф. Филиповымъ.

[4]) 1874 г. № 32, дѣло крест. дер. Чипова съ крест. дер. Васильево; 1880 г. № 47, дѣло И. Лаврентьева съ А. Андреевымъ; 1882 г. № 6, дѣло Ѳ. Степанова съ Н. Васильевымъ.

[5]) 1877 г. № 40, дѣло крест. К. Ильина съ Д. Ѳоминымъ.

[6]) 1870 г. № 12, дѣло П. Миронова съ Г. Ивановымъ и др.; 1877 г. № 42, дѣло Г. Андреева съ С. Ивановымъ; 1880 г. № 23, дѣло М. Никитиной съ А. Ѳедоровымъ; 1875 г. № 17 дѣло В. Игнатьева съ Т. Дмитріевымъ.

[7]) 1872 г. № 14, дѣло Е. Сергѣева съ Н. Герасимовымъ; 1874 г. № 9, дѣло В. Еремѣева съ Ѳ. Нибиренко 1877 г. № 12, дѣло С. Александрова съ Г. Симоновымъ.

домъ съ прекращеніемъ договора [1]), идутъ и другія послѣдствія, а именно: уплата вознагражденія за работу исполненную [2]), взысканіе переплаченныхъ по найму денегъ [3]), взысканіе мастеромъ съ отца ученика за время обученія [4]), вознагражденіе стоимости передѣлки (крыши, дурно крытой) [5]), вознагражденіе за наемъ другой няньки [6]), арестъ [7]).—Къ обстоятельствамъ, прекращающимъ обязательства, относится и *обновленіе* (novatio); оно можетъ касаться или предмета обязательства, въ томъ смыслѣ, что мѣсто условленнаго дѣйствія занимаетъ другое дѣйствіе—или лицъ (delegatio) въ томъ смыслѣ, что должникъ становится должникомъ кредитора своего кредитора, или кредиторъ становится кредиторомъ должника своего должника. Случаи того и другаго рода обновленія бывали въ практикѣ суда, но характерная черта ихъ та, что обновляется обязательство уже на судѣ, хотя и трудно сказать, въ какой мѣрѣ судъ въ этихъ случаяхъ дѣйствуетъ самостоятельно и какую роль играетъ сторона, которой такое обновленіе невыгодно. Что касается случаевъ первой категоріи, то они сводятся къ четыремъ группамъ: 1) Вмѣсто уплаты денегъ должникъ обязывается отработать долгъ. Такъ, покупщикъ, уплативъ продавцу за лошадь часть цѣны, обязался на судѣ остальную часть отработать, причемъ продавецъ, при разсчетѣ за работу, долженъ былъ $^1/_2$ оставить себѣ въ уплату долга, а другую половину вручить покупщику [8]). Въ другомъ случаѣ крестьянинъ, взявъ задатокъ, обязался поставить балясы, но не исполнилъ своей обязанности,—судъ осудилъ его, въ отработку задатка въ пользу истца, къ шести рабочимъ днямъ [9]); къ тому же былъ осужденъ неисправный должникъ по займу [10]). 2) Вмѣсто работы должникъ обязывается уплатить деньги. Такъ, крестьянинъ купилъ у другого сѣно и за это обязался прислать продавцу жнецовъ, но обязательства не исполнилъ; судъ постановилъ: взыскать съ него стоимость сѣна деньгами. [11]) 3) Вмѣсто доставленія вещи должникъ обязывается уплатить деньги. Такъ, въ уплату долга должникъ по документу предоставилъ кредитору право собственности на полосу земли, а потомъ скосилъ сѣно съ полосы; кредиторъ жаловался суду; судъ постановилъ взыскать деньгами первоначальный долгъ [12]). Тутъ мы видимъ двойную новацію: сначала, внѣ суда, вещь заступаетъ мѣсто денегъ, а на судѣ опять деньги заступаютъ мѣсто вещи. 4) Вмѣсто уплаты денегъ должникъ обязывается доставить вещь. Такъ, была куплена рожь въ кредитъ, и деньги своевременно не уплачены; судъ постановилъ взыскать рожь же хорошаго качества [13]). Что касается обновленія лицъ или делегаціи, то извѣстенъ такой случай ея: съ должника по займу, судъ постановилъ взыскать часть долга въ пользу кредитора, а другую часть—въ пользу кредитора кре-

---

[1]) 1870 г. № 6, дѣло В. Иванова съ П. Степановымъ; 1883 г. № 6, дѣло Т. Ефимова съ Г. Яковлевымъ.

[2]) 1870 г. № 15, дѣло Н. Савельева съ Г. Харитоновымъ.

[3]) 1874 г. № 23, дѣло С. Ерофѣева съ Я. Емельяновымъ; 1877 г. № 32, дѣло Т. Кузьмина съ Р. Яковлевымъ; 1882 г. № 23, дѣло Н. съ Р. Яковлевымъ.

[4]) 1885 г. № 5, дѣло Андреева съ Н. Сергѣевымъ.

[5]) 1882 г. № 8, дѣло Гр. Равенскаго съ Г. Федоровымъ.

[6]) 1877 г. № 32, дѣло Т. Кузьмина съ Р. Яковлевымъ.

[7]) 1877 г. № 21 дѣло И. Иванова съ У. Ефимовой.

[8]) 1870 г. № 22, дѣло г. Сухова съ Н. Семеновымъ.

[9]) 1878 г. № 31, дѣло г. Глуповскаго съ А. Ивановымъ.

[10]) 1875 г. № 7, дѣло А. Калинина съ В. Ивановымъ.

[11]) 1882 г. № 22, дѣло К. Леонтьева съ И. Николаевымъ.

[12]) 1882 г. № 22, дѣло К. Леонтьева съ И. Николаевымъ.

[13]) 1874 г. № 40, дѣло Ѳ. Мартынова съ Г. Ивановымъ.

дитора, заявившаго на судѣ свою претензію [1]); такъ что кредиторъ кредитора получилъ долгъ не отъ своего должника, а отъ должника своего должника.—Обязательство прекращается и путемъ *зачета* (compensatio). Происходитъ зачетъ обыкновенно на судѣ [2]), но иногда и внѣ суда, причемъ лицо, поставленное въ возможность произвести его, дѣлаетъ это безъ согласія противной стороны; такъ, работникъ при расчетѣ получилъ 20 р. и долженъ былъ принести съ нихъ сдачи: онъ зачелъ рубль, причитавшійся ему за хомутъ. Судъ не призналъ этого дѣйствія противоправнымъ [3]). Однородность зачитываемыхъ обязательствъ, какъ видно, есть условіе осуществленія зачета, а не условіе допустимости его; такъ что два обязательства, изъ коихъ одно денежное, а другое не денежное, могутъ быть зачтены лишь въ томъ случаѣ, когда не денежное обязательство будетъ обращено въ денежное, т.-е. производится зачетъ стоимости предмета обязательства [4]). Наконецъ, прекращаются обязательства въ лицѣ юридическаго предшественника при *преемствѣ*, по случаю смерти, или по сдѣлкѣ между живыми. Что касается перваго, то въ практикѣ суда имѣлись лишь случаи перехода правъ, а не обязанностей; такъ, за дочерью-наслѣдницей признано было право получить деньги, отданныя отцомъ ея на сохраненіе [5]) и за братомъ-наслѣдникомъ право получить арендныя деньги, которыя сестра не успѣла получить при жизни [6]). Относительно преемства между живыми имѣется рядъ случаевъ, указывающихъ на то, что для передачи правъ и обязанностей, даже личнаго характера, нѣтъ надобности испрашивать согласія противной стороны; такъ, съ крестьянки, имѣвшей право пользоваться амбаромъ, было взыскано за это пользованіе лицомъ, къ которому амбаръ перешелъ въ собственность безъ ея вѣдома [7]); затѣмъ, при довѣренности, для силы передовѣрія судъ не требуетъ согласія со стороны довѣрителя [8]).

Переходимъ къ *отдѣльнымъ видамъ обязательствъ*, причемъ воздержимся отъ повторенія изложенныхъ общихъ началъ въ примѣненіи къ тому или другому виду обязательствъ. Изъ *обязательствъ отчужденія имущества* въ источникахъ нашихъ имѣется указаніе на дареніе, куплю-продажу, поставку и мѣну. Два случая *даренія* намъ уже извѣстны; оба они выразились въ формѣ обѣщанія подарить и, притомъ, подъ отлагательнымъ условіемъ.—Затѣмъ, что касается *купли-продажи*, то предметомъ ея должна быть вещь, принадлежащая самому продавцу: продажа чужой вещи недѣйствительна [9]); въ частности, если проданная вещь была краденая и продавецъ зналъ объ этомъ, она отбирается, и собственникъ имѣетъ право на вознагражденіе за пользованіе ею [10]). Если, какъ мы видѣли выше, вещь, въ силу запрещенія суда или міра, не можетъ *быть* продана, то купля-продажа ея недѣйствительна. Вышеупомянутое общее положеніе, что право собственности по договору пріобрѣтается съ момента заключенія его, въ примѣненіи къ куплѣ-продажѣ придаетъ особенно важное значеніе вопросу: съ какого момента купля-продажа признается

---

[1]) 1876 г. № 3, дѣло С. Александрова съ С. Филипповымъ и Г. Яковлевымъ.

[2]) 1881 г. № 4 дѣло Т. Богданова съ Е. Льонтьевымъ, 1880 г. № 46, дѣло Н. Матвѣева съ Ф. Леонтьевымъ.

[3]) 1880 г. № 16, дѣло г. Конторова съ Д. Афанасьевымъ.

[4]) Ibid., 1880 г. № 1, дѣло П. Гурьянова съ Сергѣевымъ.

[5]) 1875 г. № 26, дѣло А. Макарова съ В. Ермолаевымъ.

[6]) 1885 г. № 13, дѣло М. Осипова съ А. Александровымъ.

[7]) 1873 г. № 22, дѣло Ѳ. Екимова съ А. Степановой.

[8]) 1868 г. № 1, дѣло Иванова съ Максимовымъ; 1880 г. № 16, дѣло В. Андреева съ Ф. Михайловымъ и Ф. Яковлевымъ.

[9]) 1870 г. № 18, дѣло Ф. Яковлева съ В. Николаевымъ.

[10]) 1881 г. № 23, дѣло М. Васильева съ В. Николаевымъ.

заключенною. Надо, кажется, различать: заключенъ ли договоръ словесно или письменно; въ послѣднемъ случаѣ онъ признается заключеннымъ со времени выдачи акта [1]). Въ первомъ случаѣ, имѣя въ виду, что мы не знаемъ случаевъ словесной купли безъ задатка, такимъ моментомъ является выдача задатка или части цѣны. Изъ упомянутыхъ выше 10 случаевъ, когда судъ приказалъ возвратить задатокъ (съ прекращеніемъ договора), лишь два приходятся на куплю-продажу [2]), и какъ мы выше видѣли, эти два случая совершенно спеціальнаго характера: купля была признана недѣйствительною; по общему же правилу, разъ выданный при куплѣ задатокъ уже не возвращается и, слѣдовательно, съ момента выдачи, отношенія сторонъ опредѣлены безповоротно. Что со времени переговоровъ сторонъ, окончившихся тѣмъ, что вещь была сторгована, еще купля почитается незаключенною,—видно изъ того, что судъ призналъ недѣйствительною передачу сторгованной вещи, совершенную малолѣтнимъ сыномъ продавца [3]); еслибы сторгованная вещь считалась уже вещью покупщика, то кто бы вещь ни передалъ, передача была бы признана дѣйствительною. Что касается *отношеній сторонъ*, то продавецъ обязанъ передать купленную вещь; въ случаѣ неисполненія, онъ принуждается къ тому судомъ [4]); покупщикъ обязанъ уплатить деньги, за вычетомъ уже выданныхъ въ видѣ задатка [5]).—Весьма близка къ куплѣ-продажѣ—*поставка*; различіе заключается лишь въ предметѣ: въ первомъ случаѣ онъ уже на лицо, во второмъ—его еще нѣтъ. Въ виду этого, вышеизложенныя положенія о предметѣ купли къ поставкѣ не примѣняются. Неисполненіе поставщикомъ своей обязанности не можетъ влечь за собою отобраніе вещи,—лишь задатокъ возвращается [6]). То обстоятельство, что обѣщанный предметъ (рыба) повысился въ цѣнѣ—не оправдываетъ неисполненія поставщикомъ своей обязанности; предметъ долженъ быть поставленъ условленнаго качества, въ противномъ случаѣ покупщикъ можетъ его не принимать. Опредѣленный срокъ составляетъ необходимую принадлежность поставки [7]). — *Мѣна* всего ближе подходитъ къ куплѣ-продажѣ, и разговорный языкъ часто смѣшиваетъ эти понятія. Въ видѣ предположенія, еще подлежащаго провѣркѣ, можно сказать, что крестьяне называютъ куплею договоръ о пріобрѣтеніи вещи за другую замѣнимую вещь, а не только за деньги и за услуги (куплена лошадь за столько-то муки или столько-то денегъ [8]) дрова—за столько-то мѣръ овса [9]); лошадь за присылку жнецовъ [10]); мѣною же называется обмѣнъ незамѣнимыхъ вещей: промѣнялъ пиджакъ старый на новый [11]), лошадь на лошадь [12]). Во всѣхъ извѣстныхъ изъ практики суда случаяхъ, мѣна: 1) заключалась словесно, 2) предметомъ ея было одно движимое имущество. Отношенія сторонъ тѣ же, что и при куплѣ-продажѣ; изъ четырехъ случаевъ неисполненія одною изъ сторонъ своей обязанности, въ одномъ судъ постановилъ вышеупомянутое условное рѣшеніе.

---

[1]) 1882 г. № 1, дѣло Г. Васильева съ кр. дер. Гонева.

[2]) 1870 г. № 18, дѣло Ф. Яковлева съ В. Николаевымъ, 1876 г. № 4, дѣло Т. Степанова съ И. Матвѣевымъ.

[3]) 1878 г. № 1, дѣло Евстафьева съ И. Еразовымъ.

[4]) 1882 г. № 5, дѣло А. Капитонова съ В. Даниловымъ.

[5]) 1873 г. № 14, дѣло И. Григорьева съ В. Федоровымъ.

[6]) 1877 г. № 4, дѣло Т. Степанова съ И. Матвѣевымъ.

[7]) 1883 г. № 1, дѣло Г. Васильева и И. Максимова съ кр. дер. Гоголево.

[8]) 1875 г. № 38, дѣло Ѳ. Егорова съ Г. Глазетовымъ.

[9]) 1878 г. № 6, дѣло Г. Петрова съ И. Николаевымъ.

[10]) 1875 г. № 7, дѣло А. Калинина съ В. Ивановымъ.

[11]) 1876 г. № 10, дѣло С. Иванова съ М. Алексѣевымъ.

[12]) 1882 г. № 4, дѣло О. Иванова съ Г. Степановымъ.

Изъ *обязательствъ временнаго предоставленія имущества* имѣются данныя относительно найма имуществъ, ссуды на подержаніе и займа. Что касается *найма имуществъ*, то *предметомъ* его могутъ быть какъ движимыя вещи (пользоваться изъ проката) [1], такъ и не движимыя имущества. *Срокъ* найма, всегда опредѣленный: колеблется онъ между 6 годами [2] и 9 днями [3]; причемъ въ тѣхъ случаяхъ, когда сдается земля (покосъ, пашня) конечный срокъ опредѣляется не днями, а окончаніемъ работы [4]. Продолженіе аренды по истеченіи срока, какъ видно изъ одного рѣшенія, не допускается—должно послѣдовать новое соглашеніе, и если договоръ заключенъ письменно, то должна быть сдѣлана надпись [5]. Иногда продолжительность срока опредѣляется арендаторомъ—это видно изъ того вышеупомянутаго случая, когда арендатору предоставлено было право во всякое время купить арендованную землю [6]. Что касается *отношеній сторонъ*, то наймодавецъ долженъ предоставить имущество нанимателю [7]; неисполненіе этой обязанности, какъ мы выше видѣли, влечетъ за собою принудительную передачу имущества по суду. Наниматель обязанъ уплатить деньги [8]; всякое препятствіе въ пользованіи, полагаемое наймодавцемъ, устраняется судомъ [9]; онъ не можетъ и пользоваться отданною въ наймы вещью [10]; пользованіе имуществомъ есть его, нанимателя, право, которое онъ можетъ и не осуществлять, лишь бы обязательство его передъ наймодавцемъ было выполнено [11]. Какъ наймодавецъ не стѣсненъ въ передачѣ права собственности на нанятую вещь [12], такъ и наниматель можетъ передать осуществленіе своего права другимъ лицамъ (субаренда), вполнѣ [13] (напр. при арендѣ рыбной ловли, крестьяне прибрежныхъ деревень нанимаютъ озерные участки у помѣщиковъ и сдаютъ ихъ другимъ лицамъ [14]) или частью (напр. сдается ½ полосы [15]); при нарушеніи въ послѣднемъ случаѣ права пользованія третьимъ лицомъ, оба эти лица могутъ предъявлять къ нему искъ [16]. Согласія противной стороны, какъ видно, въ случаяхъ передачи правъ нанимателя не требуется. — Относительно *ссуды на поддержаніе* мы только можемъ сказать, что договоръ этотъ встрѣчается, хотя и рѣдко, и что на лицѣ, взявшемъ вещь, лежитъ обязаность пользоваться ею согласно опредѣленному назначенію (котелъ для варки пива, сапоги—сходить на праздникъ) и возвратить ее въ томъ же видѣ, какъ она была получена; въ противномъ случаѣ лицо, получающее ссуду, обязано вознаградить за причиненные убытки [17].

---

1) 1868 г. № 5, дѣло Игнатьева съ Александровымъ.

2) 1884 г. № 7, дѣло А. Алексѣева съ Н. Васильевымъ.

3) 1868 г. № 5, дѣло Изотова съ Александровымъ.

4) 1879 г. № 19, дѣло М. Ульянова съ М. Корнѣевымъ.

5) 1884 г. № 7, дѣло А. Алексѣева съ Н. Васильевымъ.

6) 1881 г. № 2, дѣло Г. Андреевой съ О. Авдѣевымъ.

7) 1882 г. № 63, дѣло Ѳ. Степанова съ Н. Никитинымъ и др.; 1874 г. № 32, дѣло кр. дер. Чишово съ крест. дер. Васильева.

8) 1882 г. № 7, дѣло А. Захарова съ Е. Ивановымъ.

9) 1808 г. № 47, дѣло И. Лаврентьева съ А. Андреевымъ.

10) 1884 г. № 7, дѣло А. Алексѣева съ Н. Васильевымъ.

11) 1877 г. № 40, дѣло К. Ильина съ Д. Ѳоминымъ.

12) 1873 г. № 22, дѣло Ѳ. Ефимова съ А. Степановымъ.

13) 1868 г. № 4, дѣло С. Александрова съ Дементьевымъ.

14) 1873 г. № 21, дѣло П. Карпова съ И. Матвѣевымъ и др.; 1885 г. № 20, дѣло А. Гаврилова съ Г. Савельевымъ, 1878 г. № 19, дѣло Васильевыхъ.

15) 1868 г. № 3, дѣло С. Александрова съ Е. Изотовымъ.

16) 1873 г. № 21, дѣло П. Карпова съ В. Матвѣевымъ.

17) 1875 г. № 9 и 24, дѣло А. Павлова съ Я. Егоровымъ; 1883 г. № 14, дѣло И. Васильева съ П. Авдѣевымъ.

Немного придется сказать о *займѣ*. *Предметомъ* его всегда являются деньги; совершается онъ преимущественно словесно: изъ общаго числа случаевъ, 12% приходится на займы, заключенные письменно [1]),—не считая 33 случаевъ займа въ видѣ ссудъ сберегательнаго товарищества. *Доказательствомъ* займа служатъ письменные акты, напр., письмо отвѣтчика [2]), и свидѣтели [3]), а въ большинствѣ случаевъ судъ присуждаетъ безъ доказательствъ. Что касается обязанности должника уплатить взятую взаймы сумму [4]), то, въ случаяхъ обычно-правоваго займа, къ должнику, на которомъ лежитъ эта обязанность, какъ кредиторъ, такъ и судъ, относятся весьма снисходитально,—не въ томъ смыслѣ, конечно, что кредиторъ прощаетъ долгъ или судъ отказываетъ ему въ искѣ (ни однаго случая прощенія долга не было, а состоялось лишь одно рѣшеніе, въ которомъ, какъ мы видѣли выше, истцу отказано въ искѣ, въ виду недоимки отвѣтчика); это снисхожденіе выражается въ томъ, что кредиторъ и судъ даютъ отсрочки и разсрочки [5]), измѣняютъ обязательство, т. е. допускаютъ исполненіе займа работою [6]) или передачею вещи [7]); судъ отказываетъ въ искѣ въ виду отрицанія отвѣтчикомъ долга и несмотря на показанія свидѣтелей [8]). Бываютъ и безльготные случаи взысканія [9]), куда относятся, напр., всѣ взысканія ссудо-сберегательнаго товарищества [10]).

Переходимъ къ *обязательствамъ услугъ и совмѣстныхъ выгодъ*. Сюда относится, прежде всего, *личный наемъ* и, въ виду несложности хозяйства въ крестьянскомъ быту, тождественный съ нимъ *подрядъ*. *Предметомъ* его являются весьма разнообразныя дѣйствія, опредѣляемыя или общими признаками, напр.: сельскія работы, домашнія услуги, или точно опредѣленными, напр., постройки, перестройка избы, сноска хлѣва, изготовленіе сруба или крыши, возка дровъ, поставка балясъ и т. п. Это различіе работъ, по опредѣленности ихъ, имѣетъ значеніе относительно срока; при наймѣ на работы

---

[1]) 1870 г. № 20, дѣло Г. Ефимова и С. Петрова съ А. Яковлевымъ; 1878 г. № 37 дѣло Г. съ С. Васильевымъ.

[2]) 1879 г. № 29, дѣло А. Дмитріева съ Е. Ефимовой.

[3]) 1872 г. № 12, дѣло В. Егорова съ Г. Васильевымъ; 1884 г. № 5, дѣло А. Васильева съ И. Калистратовымъ.

[4]) 1875 г. № 37, дѣло С. Андреева съ С. Федоровымъ; 1880 г. № 9, дѣло Г. Малафѣева съ Я. Егоровымъ.

[5]) 1870 г. № 13, дѣло г. Жигалевой съ А. Михайловымъ; 1870 г. № 20, дѣло Г. Ефимова и др. съ А. Яковлевымъ; 1878 г. № 55, дѣло И. Васильева съ Г. Петровымъ; 1881 г. № 18, дѣло К. Ефимова съ С. Лаврентьевымъ, № 20, дѣло Г. Игнатьева съ В. Антоновымъ; 1875 г. № 14, дѣло И. Тимофѣевой съ В. Степановымъ.

[6]) 1880 г. № 1, дѣло Т. Гурьянова съ Сергѣевымъ.

[7]) 1882 г. № 12, дѣло А. Леонтьева съ И. Николаевымъ.

[8]) 1872 г. № 12, дѣло В. Егорова съ Г. Васильевымъ.

[9]) 1873 г. № 18, дѣло А. Макарова съ А. Лаврентьевымъ; 1875 г. № 37, дѣло С. Андреева съ С. Федоровымъ; 1879 г. № 9, дѣло Г. Малафѣева съ Я. Егоровымъ; 1879 г. № 29, дѣло А. Дмитріева съ Е. Ефимовой; 1884 г. № 5, дѣло А. Васильева съ Н. Константиновымъ; 1880 г. № 46, дѣло Н. и Ф. Леонтьевыхъ.

[10]) Дѣла Кемецко-Котловановскаго ссудо-сберег. товар. 1878 г. №№ 41, съ А. Ролевой, 49, съ С. Емельяновымъ, 53, съ А. Неборенкомъ, 59, съ Н. Яковлевой, 60, съ О. Филипповымъ, 61, съ А. Ивановымъ, 62, съ А. Ивановымъ, 63, съ Г. Степановымъ, 64, съ А. Сысоевымъ, 65, съ А. Сысоевымъ; 1879 г. №№ 8, съ М. Федоровымъ, 7, съ А. Никитинымъ, 9, съ М. Федоровымъ, 10, съ Е. Тимофѣевымъ, 11, съ Ф. Егоровымъ, 12, съ Н. Семеновымъ, 13, съ Н. Сысоевымъ, 14, съ Д. Ивановымъ, 15, съ С. Васильевымъ, 28, съ О. Матвѣевымъ, 37, съ И. Екимовой, 38, съ А. Григорьевымъ, 39, съ Ѳ. Ѳедоровымъ, 40, съ А. Леонтьевымъ, 41, съ Ф. Филипповымъ.

перваго рода срокъ опредѣляется мѣсяцами и днями [1]),—второго рода обыкновенно окончаніемъ работы [2]). *Совершается* наемъ словесно: изъ 25 случаевъ найма, лишь въ двухъ былъ совершенъ письменный актъ, причемъ въ одномъ изъ нихъ судъ присудилъ въ пользу рабочаго болѣе, чѣмъ слѣдовало по книжкѣ [3]); при отсутствіи письменнаго акта и свидѣтелей судъ довольствуется односторонними заявленіями тяжущихся [4]). Что касается *отношеній сторонъ*, то наниматель обязанъ уплатить выговоренное вознагражденіе [5]); состоитъ оно въ деньгахъ, но иногда къ нему присоединяется иждивеніе [6]) и выдача платья [7]), муки и картофеля [8]); часть платы выдается или при заключеніи договора, въ видѣ задатка [9]), или во время исполненія, но до истеченія срока, что видно изъ ряда случаевъ, когда наниматель требуетъ возврата перебранныхъ незаработанныхъ денегъ [10]). Но уплата вознагражденія до срока есть лишь право нанимателя, а не обязанность его—до окончанія срока плата не можетъ быть потребована [11]). Выдается вознагражденіе самому наемнику, за исключеніемъ тѣхъ случаевъ, когда малолѣтніе отданы въ наемъ родителями [12]) или совершеннолѣтніе—отцемъ домохозяиномъ [13]). Неуплата вознагражденія во время найма даетъ наемнику право не исполнять своей обязанности: судъ отказалъ нанимателю въ искѣ о принужденіи къ работѣ въ виду того, что самъ наниматель не платитъ условленнаго вознагражденія [14]). Вознагражденіе должно быть ему выдано сполна; если договоръ прекращенъ до опредѣленнаго срока, то оно выдается за вычетомъ недослуженнаго [15]), а если до окончанія работы

---

[1]) 1879 г. № 26, дѣло М. Григорьева съ Т. Дмитріевымъ; 1877 г. № 32, дѣло Т. Кузьмина съ Р. Яковлевымъ; 1882 г. № 28, дѣло Н. и Ф. Яковлевыхъ; 1877 г. № 18, дѣло Погаржеевскаго съ С. Парамоновымъ; 1870 г. № 15, дѣло Н. С. Савельева съ Г. Харитоновымъ.

[2]) 1875 г. № 17, дѣло В. Игнатьева съ Т. Дмитріевымъ; 1874 г. № 9, дѣло В. Еремѣева съ Ѳ. Набиренко; 1877 г. № 12, дѣло С. Александрова съ Г. Симоновымъ.

[3]) 1878 г. № 17, дѣло Я. Федорова съ А. Ивановымъ; 1883 г. № 17, дѣло В. Михайлова съ В. Ефимовымъ.

[4]) 1873 г. № 4, дѣло В. Сергѣева съ К. Морозовымъ.

[5]) Ibid., 1873 г. № 17, дѣло Ф. Леонова съ Ѳ. Филипповымъ; 1880 г. № 30, дѣло В. Прокофьева съ Г. Андреевымъ, № 34, дѣло А. Петрова съ В. Игнатьевымъ; 1878 г. № 17, дѣло Я. Федорова съ А. Ивановымъ; 1879 г. № 26, дѣло М. Григорьева съ А. Карнѣевымъ; 1883 г. № 4, дѣло А. Николаевой съ Ѳ. Филимоновымъ; 1885 г. № 37, дѣло М. Григорьева съ И. Малышевымъ.

[6]) 1878 г. № 31, дѣло гр. Глуховскаго съ А. Ивановымъ.

[7]) 1883 г. № 6, дѣло Т. Ефимова съ Г. Яковлевымъ.

[8]) 1877 г. № 32, дѣло Т. Кузьмина съ Р. Яковлевымъ.

[9]) 1874 г. № 9, дѣло В. Еремѣева съ Ѳ. Имбиренко; 1877 г. № 12, дѣло С. Александрова съ Г. Степановымъ; 1878 г. № 31, дѣло гр. Глуховскаго съ А. Ивановымъ; 1884 г. № 3, дѣло гр. Пинуса съ Е. Емельяновымъ; 1885 г. № 9, дѣло М. Степанова съ И. Ивановымъ.

[10]) 1877 г. № 32, дѣло Т. Кузьмина съ Р. Яковлевымъ; 1874 г. № 23, дѣло О. Ерофѣева съ Я. Емельяновымъ; 1882 г. № 28, дѣло Н. съ Р. Яковлевымъ.

[11]) 1871 г. № 24, дѣло Захарова съ Ф. Филипповымъ.

[12]) 1870 г. № 15, дѣло Н. Савельева съ Г. Харитоновымъ; 1877 г. № 32, дѣло Т. Кузьмина съ Яковлевымъ; 1882 г. № 28, дѣло Н. съ Р. Яковлевымъ; 1879 г. № 26, дѣло М. Григорьева съ Т. Дмитріевымъ; 1883 г. № 4, дѣло А. Николаевой съ Ѳ. Филимоновымъ.

[13]) 1883 г. № 9, дѣло Е. Екимова съ В. Сергѣевымъ.

[14]) 1883 г. № 6, дѣло Т. Ефимова съ Г. Яковлевымъ.

[15]) 1870 г. № 15, дѣло Н. Савельева съ Г. Харитоновымъ; 1871 г. № 18, дѣло гр. Погорженскаго съ Ф. Филатовымъ.

—за вычетомъ недодѣланнаго [1]); оно должно быть выдано такъ, какъ условлено: если деньгами—то деньгами же [2]). Наниматель не долженъ затруднять исполненіе наемникомъ своей обязанности, напр., если нанятъ работникъ, поставить балясы, то наниматель долженъ распорядиться на счетъ потребнаго лѣса; нераспорядившись объ этомъ, онъ не можетъ быть въ претензіи на рабочаго за неисполненіе работы [3]). Хозяинъ не имѣетъ права стѣснять свободу наемника не выдачею ему паспорта, если таковой былъ переданъ хозяину [4]), но, какъ мы видѣли, удержать вещи наемщика онъ можетъ [5]). Уже выше указаны послѣдствія неисполненія личнаго обязательства; уклониться отъ исполненія (безъ невыгодныхъ послѣдствій) можно лишь по уважительной причинѣ, напр., если наемникъ „по силѣ своей работы исполнить не могъ“ [6]).—Къ особеннымъ формамъ личнаго найма относится наемъ пастуха и отдача въ обученіе. О *наймѣ пастуха* имѣются лишь три рѣшенія: отказъ отъ исполненія обязанности влечетъ лишь возвратъ задатка [7]). Вѣдается пастухъ не съ обществомъ крестьянъ, а съ отдѣльными домохозяевами—онъ (отецъ за несовершеннолѣтняго сына) получаетъ вознагражденіе отъ каждаго въ отдѣльности [8]). Имѣется лишь одно рѣшеніе, изъ котораго видно, что онъ, но вмѣстѣ съ другими лицами, отвѣчаетъ передъ собственникомъ земли и за убытки, причиненые потравою, причиненною ввѣреннымъ ему скотомъ [9]). Договора *отдачи въ обученіе* имѣется лишь одинъ случай. Отецъ отдалъ сына въ обученіе сапожному мастеру, срокомъ на $1^1/_2$ года, за $^1/_2$ пуда муки въ мѣсяцъ; за 3 мѣсяца до истеченія срока онъ взялъ сына, недодавъ мастеру за прожитое время 9 пудовъ муки. Мастеръ предъявляетъ искъ. Судъ, вѣроятно, въ виду заявленія отвѣтчика, что онъ взялъ сына потому, что его ничему не обучили, удовлетворилъ требованіе истца лишь частью, а именно: присудилъ въ его пользу 6 пудовъ муки [10]).—Что касается *довѣренности*, то *предметомъ* ея являются всевозможныя порученія (выправить паспортъ, получить деньги, привести шубу). *Совершается* она всегда словесно. *Отношенія сторонъ* слѣдующія: повѣренный обязанъ исполнить возложенное на него порученіе; въ противномъ случаѣ онъ подвергается отвѣтственности, т.-е. если ему поручена передача денегъ и онъ ихъ не передалъ по назначенію, то долженъ уплатить потерпѣвшему сумму, равную порученной [11]); если поручены вещи—обязанъ уплатить стоимость ихъ [12]); онъ обязанъ также возмѣстить убытки, причиненные неисполненіемъ [13]). Исполненіе порученія можетъ быть имъ возложено и на другое лицо (передовѣріе), причемъ въ испрошеніи согласія довѣрителя нѣтъ надобности; это выводъ изъ того, что въ процессахъ по передовѣрію довѣри-

---

[1]) 1885 г. № 37, дѣло М. Григорьева съ И. Мелентьевымъ.

[2]) 1870 г. № 15, дѣло П. Савельева съ Г. Харитоновымъ.

[3]) 1878 г. № 31, дѣло гр. Глуневскаго съ А. Ивановымъ.

[4]) 1871 г. № 15, дѣло Я. Еремѣева съ мѣщ. Д. Зиновьевымъ.

[5]) 1873 г. № 18, дѣло П. Карпова съ В. Матвѣевымъ.

[6]) 1881 г. № 18, дѣло гр. Погоржинскаго съ Ф. Филипповымъ; 1881 г. № 13, дѣло гр. Касторова съ П. Ефимовымъ.

[7]) 1872 г. № 14, дѣло Е. Сергѣева съ Н. Герасимовымъ.

[8]) 1871 г. № 36, дѣло К. Иванова съ Ѳ. Андреевымъ.

[9]) 1865 г. № 3, дѣло гр. Жигелевой съ крест. дер. Коноякової.

[10]) 1885 г. № 5, дѣло А. Андреева съ К. Сергѣевымъ,

[11]) 1880 г. № 18, дѣло И. Антонова съ Г. Кузьминымъ; 1885 г. № 8, дѣло А. Сергѣева съ В. Андронниковымъ.

[12]) 1880 г. № 37, дѣло П. съ Д. Ивановымъ; 1884 г. № 6, дѣло П. Кузьмина съ В. Дмитріевымъ.

[13]) 1868 г. № 1, дѣло А. Егоровой съ бывш. двором. Малиновскимъ.

тель не возбуждалъ вопроса о самовольномъ передовѣріи [1]). При передовѣріи, оба повѣренныхъ—первоначальный и новый—отвѣчаетъ передъ довѣрителемъ въ равной мѣрѣ, пополамъ [2]). Есть одинъ случай, который какъ будто указываетъ и на противоположное начало—на солидарную отвѣтственность обоихъ повѣренныхъ. Бывшему дворовому человѣку было поручено выправить паспортъ въ волостномъ правленіи, причемъ дано два рубля на пересылку. Повѣренный все это дѣло поручилъ волостному писарю. Писарь, съ вѣдома повѣреннаго, пропилъ деньги и неизвѣстно куда скрылся. Повѣренный объ этомъ, до исчезновенія писаря, не заявилъ довѣрителю. Судъ постановилъ взыскать два рубля съ двороваго человѣка. Что здѣсь было передовѣріе—это несомнѣнно: писарю было поручено исполненіе необязательнаго для него по должности дѣйствія, а именно—высылка паспорта. Но судъ не взглянулъ на это какъ на передовѣріе, ибо привелъ въ мотивахъ своего рѣшенія такое основаніе, изъ котораго вытекаетъ не солидарная отвѣтственность повѣренныхъ, а отвѣтственность за присвоеніе имущества, а именно: судъ видитъ основаніе отвѣтственности въ томъ, что повѣренный „скрылъ похищеніе денегъ“ [3]). Изъ этого рѣшенія также видно, что волостной судъ не видитъ передовѣрія въ томъ случаѣ, когда дочь поручаетъ извѣстное дѣйствіе отцу, а отецъ—третьему лицу. Тутъ дочь поручила отцу выправить паспортъ, а уже отецъ поручилъ ея дѣло дворовому человѣку, дворовый человѣкъ—писарю. Что въ порученіи отца дворовому человѣку нѣтъ передовѣрія видно изъ того, что ни дочь не взыскиваетъ, ни судъ не присуждаетъ взысканіе съ отца, т. е. не признаетъ его повѣреннымъ, а разсматриваетъ дочь и отца, юридически, какъ одно лицо. Это положеніе подтверждается еще однимъ характернымъ случаемъ: сынъ поручилъ отцу уплатить за него подать; отецъ часть уплатилъ, а часть присвоилъ; судъ наказалъ обоихъ, сына розгами, а отца—общественными работами; еслибы отецъ былъ повѣреннымъ сына, то, конечно, отвѣтственности подвергся бы онъ одинъ [4]). Что касается обязанностей довѣрителя, то онъ обязанъ уплатить повѣренному расходы по исполненію порученія, причемъ не требуется ни предварительныхъ уговоровъ объ этомъ [5]), ни того, чтобы порученіе было доведено до конца. Такъ, одно лицо поручаетъ другому полученіе за него въ ближайшемъ уѣздномъ городѣ денегъ, не уговорившись о возмѣщеніи расходовъ. Повѣренный съѣздилъ въ городъ, деньги получилъ, но не передалъ ихъ довѣрителю. Судъ постановилъ взыскать съ него деньги, за вычетомъ путевыхъ расходовъ [6]).—О *поклажѣ* только и можно сказать, что договоръ этотъ заключается очень рѣдко, что деньги отдаются иногда на сохраненіе волостному правленію (подъ письменный актъ) и что поклажеприниматель обязанъ возвратить данныя ему вещи или деньги по первому требованію [7]).—Споры по дѣламъ *товариществъ*, существующихъ на основаніи обычая, до суда вовсе не доходятъ; изъ рѣшеній, касающихся споровъ о рыбной ловлѣ, видно лишь, что существуютъ *артели*; въ одномъ изъ рѣшеній даже рѣчь идетъ о „старшемъ атаманѣ“, заключившемъ отъ имени товарищей договоръ поставки [8]). Что же касается споровъ по

---

[1]) 1870 г. № 16, дѣло В. Андреева съ Ф. Михайловымъ.

[2]) Ibid.

[3]) 1868 г. № 1, дѣло А. Егоровой съ дворян. Малиновскимъ.

[4]) 1870 г. № 9, дѣло Е. Дементьева съ Т. Ефимовымъ.

[5]) 1875 г. № 26, дѣло А. Макарова съ И. Еремѣевымъ.

[6]) 1878 г. № 20, дѣло И. Степанова съ Прокофьевымъ.

[7]) 1872 г. № 15, дѣло Я. Емельянова съ А. Ѳедотовымъ; 1875 г. № 26, дѣло А. Макарова съ В. Еремѣевымъ; 1883 г. № 3, дѣло Р. Дементьева съ А. Семеновымъ.

[8]) 1873 г. № 14, дѣло И. Григорьева и др. съ Г. Федоровымъ.

ссудамъ сберегательныхъ товариществъ, то ихъ, какъ мы видѣли, не мало доходило до суда; всѣ они разрѣшаются на основаніи устава товарищества. Есть лишь одно дѣло, разрѣшенное на основаніи общихъ соображеній. Съ члена товарищества взыскивалась выданная ему взаймы сумма; судъ, не смотря на заявленіе отвѣтчика, что сумма эта возвращена, постановилъ взыскать съ члена. Членъ, уплатившій такимъ образомъ двойную сумму, предъявилъ искъ къ распорядителю товарищества о возвратѣ уплаченныхъ ему и растраченныхъ имъ денегъ. Судъ рѣшилъ въ пользу истца [1]).

Переходимъ къ *обязательствамъ, вытекающимъ изъ правонарушеній*, куда относятся обязательства, вытекающія изъ нарушенія правъ личности, и обязательства, вытекающія изъ нарушенія имущественныхъ правъ. Первыя имѣютъ своимъ основаніемъ *личныя обиды*. Подъ понятіе обиды подводятся и такія преступленія, которымъ наука даетъ другія наименованія; сюда входятъ и клевета [2]), и покушеніе на изнасилованіе [3]). Народное правосознаніе схватило лишь одинъ изъ несомнѣнно существующихъ въ этихъ преступленіяхъ элементовъ, а именно то, что они вызываютъ чувство обиды. Личныя обиды выражаются въ двухъ, довольно рѣзко очерченныхъ формахъ: оскорбленіе словомъ и оскорбленіе дѣйствіемъ. Что касается первыхъ, то наказуемыми признаются разнообразнѣйшія оскорбленія, начиная съ обыденныхъ ругательствъ [4]) и кончая тяжкими оскорбленіями женской чести [5]). Также разнообразенъ кругъ наказуемыхъ оскорбленій дѣйствіемъ, начиная со снятія рубашки съ ребенка [6]) и толчковъ въ бокъ [7]) и кончая „взаимными драками“ [8]). Что касается юридическихъ послѣдствій личныхъ обидъ, то кромѣ вознагражденія за убытки, причиненные нанесеніемъ побоевъ [9]), возвращенія отнятой вещи [10]), уплаты выданныхъ казною судебному врачу прогонныхъ денегъ [11]) (въ дѣлахъ прекращенныхъ слѣдователемъ), они могутъ быть, по характеру своему, двухъ родовъ: 1) гражданскія, каковы платежи безчестья въ пользу обиженннаго, и 2) уголовныя, каковы предостереженіе, приказъ суда, или даваемая суду подписка: впредь не обижать или не драться, денежный штрафъ въ мірскіе капиталы, на строющееся училище и т. п., общественныя работы, арестъ при волостномъ правленіи и розги. Дабы облегчить повѣрку нѣкоторыхъ выводовъ, сдѣланныхъ нами изъ имѣющагося матеріала, мы составили общую таблицу случаевъ личныхъ оскорбленій съ ихъ юридическими послѣдствіями. Въ поясненіе таблицы замѣтимъ, что звѣздочки означаютъ: *—случай, когда оскорбленіе нанесено дѣвицѣ, **—оскорбленіе нанесено замужней женщинѣ, ***—должностному лицу и ****—помѣщику.

---

[1]) 1880 г. № 26, дѣло С. Иванова съ Осичевымъ.

[2]) 1877 № 28, дѣло В. Карпова съ С. Пантѣлеевымъ; 1881 г. № 25, дѣло Н. Васильева съ Г. Ефимовымъ; 1882 г. № 12, дѣло г. Щербова съ Г. Гудовскимъ.

[3]) 1878 г. № 52, Дѣло А. Матвѣевой съ К. Лукинымъ.

[4]) 1875 г. № 28, дѣло И. съ Я. Ивановымъ.

[5]) 1879 г. № 6, дѣло А. Яковлева съ ун.-оф. Воротниковымъ.

[6]) 1885 г. № 24, дѣло Г. Царева съ У. Уфимовой.

[7]) 1883 г. № 5, дѣло А. Васильева съ В. Григорьевой.

[8]) 1877 г. № 14, дѣло Е. Кошкиной съ А. Андреевымъ; 1878 г. № 34, дѣло Ф. Дроздова съ С. Андреевымъ.

[9]) 1871 г. № 15, дѣло М. Николаева съ С. Никитинымъ; 1877 г. № 39, дѣло А. Дмитріева съ В. Игнатьевымъ.

[10]) 1878 г. № 32, дѣло А. Ануфріевой съ Д. Михайловымъ.

[11]) 1884 г. № 11, дѣло А. Никитиной съ бр. Яковлевыми; № 11, дѣло А. Леонтьева съ Г. Петровымъ; 1875 г. № 3, дѣло П. Яковлева съ Г. Игнатьевымъ; № 31 дѣло М. Степанова съ бр. Ивановыми.

| | ОСКОРБЛЕНІЯ СЛОВОМЪ. | | | | | | | ОСКОРБЛЕНІЯ ДѢЙСТВІЕМЪ. | | | | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| | Гражданскія послѣдствія. | Уголовныя послѣдствія. | Гражданскія и уголовныя послѣдствія. Безчестіе. 1 р. | 1 р. 50 к. | 5 р. | 7 р. | ИТОГО. | Гражданскія послѣдствія. | Уголовныя послѣдствія. | Гражданскія и уголовныя послѣдствія. Безчестіе. 50 к. | 1 р. | 2 р. | 3 р. | 5 р. | ИТОГО. | ВСЕГО. |
| Предостереженіе | | 1[1])** | | | | | 1 | | | 1 [17]) | | | | | 1 | 2 |
| Безчестіе. 50 к. | | | | | | | | 3[18])* | | | | | | | | |
| 1 р. | 5 [2])* | | | | | | | 3[19])* | * | | | | | | | |
| 1 р. 50 к. | 1 [3])* | | | | | | | | | | | | | | | |
| 2 р. | | | | | | | | 11[20]) | ** ** ** | | | | | | | |
| 2 р. 50 к. | 1 [4]) | | | | | | | 2[21]) | | | | | | | | |
| 3 р. | | | | | | | | 12[22]) | ** ** * | *** | | | | | | |
| 3 р. 50 к. | | | | | | | | 2[23]) | | | | | | | | |
| 4 р. | | | | | | | | 1[24]) | | | | | | | | |
| 5 р. | | | | | | | | 3[25])* | * ** | | | | | | | |
| 10 р. | 1 [5]) | | | | | | 8 | | | | | | | | 37 | 45 |
| Общ. работы 1 день | | | | | | | | | 2[26]) | | | | | | | |
| Общ. работы 2 дня. | | 1 [6]) | | | | | 1 | | | | | | | | 2 | 3 |
| Штрафъ денежный. 25 к. | | | | | | | | | | 1[27]) | | | | | | |
| 50 к. | | | | | | | | | | | | | | | | |
| 1 р. | | | | | 1 [7]) | | | | | 3[28])** | | | | | | |
| 1 р. 50 к. | | | | 1 [8])* | | | | | | | | | | | | |
| 3 р. | | | | | | 1 [9])*** | 3 | | | | | | | | 4 | 7 |
| Арестъ. 1 день. | | 2 [10]) ** | 1 [12]) | | | | | | 3[29]) | ** | 1[30]) | | | | | |
| 2 дня. | | 5 [11]) | ** ** *** | | | | | | 3[31])* | | | | | | | |
| 3 дня. | | 1 [13]) | | | | | | | | | | | | | | |
| 5 дней. | | 1[14])* | | | | | | | | | | | | | | |
| 6 дней. | | 2[15])* * | | | | | 12 | | | | | | | | 7 | 12 |
| Розги. 5 ударовъ. | | 1 [16]) | **** | | | | | | | | 1[32]) | 1[33]) | | 1[34])* | | |
| 10 ударовъ. | | | | | | | | | 3[35]) | | 1[36]) | | | 1[38])* | | |
| 15 ударовъ. | | | | | | | | | 1[39]) | | | | | | | |
| 20 ударовъ. | | | | | | | | | 9[40])* | | | | 1[37]) | | | |
| ИТОГО. . | 8 | 14 | | | | 4 | 1 | 37 | 21 | | | | | 12 | 19 | 20 |
| | | | | ВСЕГО | | | 26 | | | | ВСЕГО | | | | 70 | 96 |
| | | | | | | | | | | | | | | | | 16 |
| | | | | | | | | | | | | | | | | 112 |

[1]) 1873 г. № 33 д. Е. Александровой съ Ильиной. [2]) 1869 г. № 10 д. Назаровой с С. Александровымъ. [3]) Ibid. 1875 г. № 28 д. И. съ Я. Ивановымъ; 1872 г. № 51 д. А. Про

Изъ представленной таблицы видно, что общее число личныхъ оскорбленій выразилось цифрою 95, причемъ на долю оскорбленій словомъ приходится 26 случаевъ, дѣйствіемъ—70 (1 : 2,65). Юридическія послѣдствія распредѣляются такимъ образомъ: на 26 случаевъ оскорбленій словомъ приходится: уплаты безчестія 8 случаевъ (3,25 : 1), однихъ уголовныхъ наказаній 14 случаевъ (1,85 : 1) и смѣшанныхъ 4 случая (6,5 : 1), а на 70 случаевъ оскорбленій дѣйствіемъ—уплаты безчестія 37 случаевъ (1,89 : 1), однихъ уго-

кофьева съ И. Матвѣевымъ; 1879 г. № 27 д. Павлова съ И. Авдѣевымъ. [3]) 1881 г. № 25 д. Н. Васильева съ Г. Ефимовымъ. [3]) 1877 г. № 2 д. Л. Федотовой съ Г. Васильевымъ. [4]) 1880 г. № 5 д. В. Кожевникова съ П. Авдѣевымъ, [5]) 1873 г. № 45 д. К. Фаддѣева съ А. Никитинымъ. [6]) 1879 г. № 6 д. А. Тковлевой съ Веретниковымъ. [7]) 1881 г. № 6 д. В. Никитина съ Г. Андреевымъ. [8]) 1870 г. № 9 д. Ф. Игнатьева съ Ф. Кузъминымъ. [9]) 1872 г. № 37 д. В. Евстигнѣева. [10]) 1880 г. № 25 д. Семеновой со Спиридоновой; № 34 д. И. Афанасьева съ Л. Ильиной. [11]) Ibid. 1885 г. № 39 д. М. Иванова; № 40 д. Д. Иванова съ И. Максимовымъ; 1877 г. № 28 д. В. Карпова съ С. Пантолѣевымъ. [12]) 1882 г. № 21 д. Г. Ларіонова съ И. Шаровымъ. [13]) 1882 г. № 1 д. П. съ С. Ивановымъ. [14]) 1877 г. № 1 д. Ѳ. Тырнова съ Г. Харитоновымъ. [15]) 1873 г. № 8 д. Андреевой съ Яковлевой; № 9 д. А. Ивановой съ Е. Гавриловой. [16]) 1882 г. № 12 д. г. Щербова съ К. Гудовскимъ. [17]) 1874 г. № 5 д. И. Степанова съ В. Григорьева. [18]) 1875 г. № 33 д. П. Гурьянова съ А. Федоровымъ; 1878 г. № 9 д. П. Павловой съ А. Макаровымъ. [19]) 1870 г. № 14 д. Г. Семеновой съ Д. Нестеровой; 1876 г. № 7 д. Ф. Семенова съ А. Егоровымъ; 1885 г. № 11 д. Т. Степанова съ Н. Лаврентьевымъ. [20]) 1885 г. № 24 д. Г. Царева съ У. Екимовой; 1873 г. № 3 д. мѣщ. Кузьмина съ А. Максимовымъ; 1880 г. № 31 д. А. Иванова съ М. Григорьевымъ, 1885 г. № 33 д. Л. Семеновой съ М. Михайловымъ, 1875 г. № 19, д. В. Еремѣева съ С. Федотовымъ, 1885 г. № 31, дѣло М. Степанова съ 3 брат. Ивановыми; 1885 г. № 12 д. А. Сергѣева съ А. Антоновымъ; 1884 г. № 11 д. А. Никитиной съ бр. Яковлевыми; 1873 г. № 34 д. О. Иванова съ К. Яковлевымъ. [21]) 1867 г. № 1 д. В. Игнатьева съ О. Андреевымъ; 1871 г. № 15 д. М. Николаева съ С, Никитинымъ. [22]) 1869 г. № 8 д. Н. Игнатьева съ Ф. Мироновымъ; 1871 г. № 28 д. А. Прокофьева съ А. Карповымъ; 1872 г. № 2 д. Д. Артемьева съ Д. Карповымъ; 1880 г. № 4 д. Ф. Леонова съ С, Васильевымъ; 1874 г, № 24 д. бр. Яковлевыхъ; 1876 г. № 4 д. К. Никитина съ В. Антоновымъ; 1878 г. № 52 д. А. Матвѣевой съ К. Лукинымъ: 1885 г. № 18 д. К. Зуева съ А. Овчинниковымъ; 1885 г. № 3 д. П. Яковлева съ Г. Игнатьевымъ; № 10 д. Г. Петрова съ М. Алексѣевымъ; 1884 г. № 12 д. Е. Антропова съ Н. Родіоновымъ; 1875 г. № 25 д. И. Семенова съ И. Максимовымъ. [23]) 1871 г. № 2 д. Е. Корешкова съ кол. бр. Як. [24]) 1879 г. № 30 д. Г. Дементьева съ г. Филипповымъ; [25]) 1880 г. № 19 д. Артемьевой съ А. Дмитріевымъ; 1880 г. № 38 д. С. Антонова съ А. Семеновой; 1874 г. № 20 д. П. Карпова съ И. Степановымъ. [26]) 1878 г. № 34 д. Ф. Дроздова съ С. Андреевымъ. [27]) 1872 г. № 47 д. Д. Павлова съ Г. Васильевымъ. [28]) 1873 г. № 6 д. Н. и В. Семеновыхъ; 1881 г. № 8 д. А. Данилова съ И. Петровымъ; 1872 г. № 49 д. П. Кузьмина съ А. Яковлевымъ. [29]) 1874 г. № 27 д. И. Петровой съ П. Макаровой; 1877 г. № 81 д. В. Яковлева съ П. Андреевымъ; 1876 г. № 65 д. Е. Егорова съ Ивановымъ. [30]) 1876 г. № 24 д. П. Алексѣева съ А. Никитинымъ. [31]) 1877 г. № 14 д. Е. Кошковой съ А. Андреевымъ; 1384 г. № 10 д. Л. Леонтьева съ Г. Петровыхъ; 1884 г. № 1 д. П. Александрова съ П. Федоровымъ. [32]) 1384 г. № 9 д. В. Антонова съ В. Степановымъ; [33]) 1882 г. № 3 д. А. Данилова съ С. Карповымъ. [34]) 1882 г. № 18 д. А. Тимофѣсва съ Ф. Ларіоновымъ. [35]) 1874 г. № 22 д. И. Петрова съ Р. Сергѣевымъ; 1883 г. № 12 д. М, Дмитріева съ М. Петровымъ; 1877 г. № 24 д. Д. Степанова съ Г. Мироновымъ. [36]) 1884 г. № 35 д. А. Иванова съ Ѳ. Ларіоновымъ. [37]) 1879 г. № 35 д. Н. Сергѣева съ П. Матвѣевымъ. [38]) 1878 г. № 32 д. А. Ануфріевой съ Д. Михайловымъ. [39]) 1883 г. № 8 д. Г. Миронова съ Е. Никандровымъ. [40]) 1872 г. № 4 д. В. Игнатьева съ Ѳ. Карповымъ; № 45 д. М. Алексѣева съ С. Ивановымъ; 1876 г. № 9 д. А. Петрова съ М. Евстигнѣевымъ; № 11 д. А. Васильева съ В. Антоновымъ; № 15 д. Е. Егорова съ Ивановымъ; 1877 г. № 20 д. В. Степанова съ Г. Ивановымъ; 1883 г. № 5 д. В. Григорьевой съ А. Васильевымъ; 1885 г. № 12 д. А. Макарова съ К. Владиміровымъ; № 15 д. Г. Петрова съ М. Ульяновымъ.

ловныхъ наказаній 21 случай (3,33 : 1) и смѣшанныхъ 12 случаевъ (5,83 : 1). Общая сумма наказаній,—которая получится, когда мы къ 95 случаямъ прибавимъ общее число смѣшанныхъ наказаній, — равняется 112, изъ коихъ 30 приходится на обиды словами, 82 случая — на обиды дѣйствіями, изъ коихъ: безчестія 61 случай (1,85 : 1), а именно: по обидамъ словомъ 8 + 4 = 12 случаевъ (5:1), по обидамъ дѣйствіемъ 37 + 12 = 49 (1,22:1). Размѣръ безчестія колеблется между 50 коп. и 10 руб., т.-е. среднимъ числомъ 5 руб. 25 коп.; но эта цифра не можетъ служить дѣйствительною среднею; она, такъ сказать, портится, благодаря двумъ случаямъ: въ одномъ лишь случаѣ судъ присудилъ 10 руб. — за обозваніе воромъ при всемъ обществѣ [1]), въ другомъ — присудилъ въ пользу обиженнаго волостнюго писаря 7 руб. [2]); если отбросить эти два случая, то можно сказать: сумма безчестія колеблется между 50 коп. и 5 руб., такъ что среднее число будетъ = 2 руб. 75 коп. Что касается общаго числа 51 уголовнаго наказанія, то по обидамъ словомъ они распредѣляются: 1 случай предостереженія (18 : 1), 1—общественныхъ работъ на день (18 : 1), 3—денежныхъ штрафа (6:1), которые колеблются между 50 коп. и 3 руб. (средн. 1 руб. 75 коп.), 12 арестовъ (1,5 : 1), которые колеблются между 1 и 6 днями и 1 случай розогъ (18 : 1); этотъ исключительный случай мотивированъ въ рѣшеніи тѣмъ, что обиженъ помѣщикъ, отставной капитанъ [3]). По обидамъ дѣйствіемъ (33 случая) наказанія распредѣляются такъ: 1 случай предостереженія (33:1), 2—общественныхъ работъ на 2 дня (1,65:1), 4—денежныхъ штрафа (8,25 : 1), которые колеблются между 1 и 3 руб., 7 арестовъ, колеблющіеся между 2 и 5 днями, и 19 случаевъ розогъ отъ 5 до 20 ударовъ. Изъ этихъ наказаній денежный штрафъ не имѣетъ значенія самостоятельнаго наказанія, а всегда лишь присоединяется къ уплатѣ безчестія. Относительно пола, состоянія и званія обиженнаго, въ виду того, что эти обстоятельства квалифицируютъ обиду, имѣются такія данныя: обиженными были: по обидамъ словомъ—10 женщинъ (5 дѣвицъ, 5 замужнихъ), 2 должностныхъ лица (писарь и староста) и 1 помѣщикъ; по обидамъ дѣйствіемъ: 14 женщинъ (6 дѣвицъ, 8 замужнихъ женщинъ) и одно должностное лицо (староста).

Имѣющіяся данныя даютъ возможность сдѣлать нѣкоторые выводы по двумъ направленіямъ: разъ — со стороны чувствительности населенія къ тому или другому роду обидъ; другое—со стороны огражденія общественнаго интереса. Обратимся къ выводамъ перваго рода. Каждая изъ трехъ группъ взысканій — безчестіе, одни уголовныя наказанія и смѣшанныя, — имѣетъ свой особый характеръ. Безчестіе есть, конечно, наказаніе, и притомъ легчайшее, размѣръ котораго устанавливается судомъ по требованію обиженнаго и во вниманіе къ возраженіямъ обидчика. Обиженному дается возможность требовать уплаты безчестія, но онъ можетъ этого и не дѣлать; онъ можетъ, какъ это и бываетъ часто въ практикѣ суда, просить о поступленіи съ обидчикомъ „по закону". Поступить „по закону"—значитъ подвергнуть наказанію уголовному, т.-е. болѣе строгому, чѣмъ безчестіе. Обиженный, заявляя свое требованіе безчестія, тѣмъ самымъ указываетъ, что онъ хотя и обиженъ, но, такъ сказать, не кровно — обида можетъ быть смыта рублемъ. Затѣмъ, одно уголовное наказаніе представляется болѣе строгимъ; налагается оно судомъ по усмотрѣнію; если обиженный не требуетъ уплаты безчестія, а проситъ „поступить по закону", — обида должна быть велика, ему не до рубля; онъ жаждетъ не рубля, не двухъ, а возстановленія своего права. Наконецъ, смѣшанныя наказанія, съ точки зрѣнія самого обиженнаго, могутъ быть разсма-

---

[1]) 1873 г, № 45, дѣло К. Фадѣева съ А. Никитинымъ.

[2]) 1872 г. № 37, дѣло В. Евстигнѣева.

[3]) 1882 г. № 12, дѣло г. Щербова съ К. Гудовскимъ.

триваемы какъ гражданскія наказанія (безчестіе), къ которымъ уже судъ присоединяетъ уголовныя, а не какъ придатки къ уголовнымъ. И дѣйствительно, образуется это наказаніе такимъ образомъ: обиженный проситъ взыскать съ обидчика столько-то безчестія; судъ разрѣшаетъ вопросъ о размѣрѣ; если поступокъ, по мнѣнію суда, таковъ, что размѣръ просимаго безчестія ему не соотвѣтствуетъ, т.-е. что уплата просимой суммы недостаточна, то онъ къ безчестію присоединяетъ еще уголовное наказаніе. Такъ что уголовное наказаніе привходитъ, какъ бы присоединяется къ гражданскому. Что судъ, дѣйствительно, постановляя приговоръ со смѣшаннымъ наказаніемъ, имѣетъ въ виду указанную несоотвѣтствіе безчестія съ оскорбленіемъ, видно уже изъ того, что уголовное наказаніе присоединяется къ гражданскому, преимущественно въ тѣхъ случаяхъ: 1) когда гражданское наказаніе, требуемое обиженнымъ, сравнительно незначительно; такъ, по обидамъ дѣйствіемъ изъ 12 случаевъ смѣшанныхъ наказаній въ семи судъ присоединилъ уголовное наказаніе къ безчестію въ 50 коп. и 1 руб.; дѣла, касающіяся обидъ словомъ, не говорятъ ни за, ни противъ этого вывода, потому что во всѣхъ четырехъ случаяхъ уголовное наказаніе присоединено къ безчестію разныхъ размѣровъ; 2) когда поступокъ такъ возмутителенъ, что наказаніе за него превышаетъ установленный обычаемъ maximum безчестія; такъ, по обидамъ дѣйствіемъ изъ четырехъ случаевъ, приходится на безчестіе свыше рубля, въ двухъ уголовная кара, въ 5 и 10 ударовъ розгами, присоединена къ 5 рублевому безчестію; оба эти случая касались оскорбленія дѣвицъ—посягательства на ихъ доброе имя. Въ виду изложенной характеристики уголовныхъ и гражданскихъ взысканій порознь, мы, на основаніи имѣющихся цифровыхъ данныхъ, приходимъ къ слѣдующему выводу: населеніе изслѣдуемой мѣстности менѣе чувствительно къ обидамъ дѣйствіемъ, чѣмъ къ обидамъ словомъ: неуваженіе къ личнасти, выразившееся въ грубой формѣ, какъ будто не такъ задѣваетъ честь, какъ злое слово. Если степень чувствительности обидъ можетъ быть измѣрена числомъ случаевъ, когда требуется одно безчестіе и требуется одна уголовная кара, вышеуказанный выводъ вѣренъ. Изъ 26 случаевъ обидъ словомъ лишь въ 8 потребована и присуждена уплата безчестья, т.-е. въ $^1/_3$ (съ небольшимъ) случаевъ, а изъ 69 случаевъ обидъ дѣйствіемъ присуждено однихъ безчестій 36, т.-е. болѣе $^1/_2$; затѣмъ, на то же число обидъ словомъ приходится 14 уголовныхъ каръ, т.-е. болѣе $^1/_2$, а на то же число обидъ дѣйствіемъ — 21 случай уголовныхъ каръ, т.-е. именно $^1/_3$. Словомъ—отношеніе обратное. Затѣмъ, если вѣрно то положеніе, что уголовная кара можетъ быть разсматриваема какъ придатокъ къ гражданскому взысканію, то для рѣшенія вопроса о чувствительности населенія къ той или другой формѣ оскорбленій, мы можемъ относить всѣ смѣшанныя наказанія къ гражданскимъ: во всѣхъ случаяхъ требованія безчестія мы видимъ лишь желаніе обиженнаго получить денежное вознагражденіе—рубль, а уголовная кара пріобщается судомъ. Если такъ, то на 26 случаевъ обидъ словомъ придется 12 безчестій, т.-е. немного менѣе $^1/_2$, а на 69 случаевъ обидъ дѣйствіемъ—48 безчестій, т.-е. около $^2/_3$; такъ что по обидамъ словомъ число гражданскихъ взысканій къ общему числу случаевъ относится какъ 6 : 13, а по обидамъ дѣйствіемъ—какъ 16 : 23; а отношенія уголовныхъ каръ въ первомъ стучаѣ какъ 7 : 13, во второмъ—какъ 7 : 23. На тоже число обидъ словомъ уголовныхъ каръ приходится 18, а на обиды дѣйствіемъ—21. Далѣе, общій выводъ нашъ подтверждается еще случаями оскорбленія женщинъ: женщины болѣе чутки и чувствительны къ обидѣ; общая чувствительность къ обидамъ въ нихъ сказывается рѣзче, явственнѣе. Изъ общаго числа 10 случаевъ, когда оскорбленіе было нанесено женщинѣ, лишь въ 3 обиженныя требовали безчестія, а въ остальныхъ 7 случаяхъ виновные подверглись уголовной карѣ (разъ рядомъ съ безчестіемъ),

а изъ 14 женщинъ, подвергшихся обидѣ дѣйствіемъ, 11 требовали безчестія, а лишь три—уголовной кары.

2) Что касается второй точки зрѣнія на имѣющійся матеріалъ, т.-е. со стороны охраны общественнаго интереса, то тутъ получатся другіе выводы. Изъ всей массы извѣстныхъ случаевъ лишь въ одномъ, а именно, когда оскорбленіе было нанесено волостному писарю, обвиненіе исходило отъ должностного лица—волостного старшины; во всѣхъ остальныхъ (даже въ тѣхъ двухъ, когда оскорбленными явились сельскіе старосты) обвиненіе исходило отъ обиженнаго. Тѣмъ не менѣе мы видимъ изъ существованія смѣшанныхъ наказаній, что общественный интересъ сильно охраняется; даже, какъ мы видѣли, въ тѣхъ случаяхъ, когда обиженный требуетъ безчестіе въ высшей мѣрѣ, судъ налагаетъ сверхъ того уголовное наказаніе. Общественный интересъ, заставляющій прибѣгать къ карательнымъ мѣрамъ, подсказываетъ суду, что съ точки зрѣнія этого интереса оскорбленіе дѣйствіемъ представляется преступленіемъ если не болѣе, то одинаково тяжкимъ съ оскорбленіемъ словомъ. Такъ, за оскорбленіе словомъ лишь въ одномъ случаѣ судъ присудилъ къ тѣлесному наказанію, а при оскорбленіи дѣйствіемъ наказаніе это примѣнялось 19 разъ, при общемъ отношеніи случаевъ того и другаго рода оскорбленія какъ 18 къ 35; если бы судъ одинаково смотрѣлъ на эти двѣ формы, то съ нѣкоторою вѣроятностью можно бы сказать, что по обидамъ словомъ состоялся бы не одинъ, а 9 приговоровъ съ тѣлеснымъ наказаніемъ. Наконецъ, и цифра случаевъ уголовныхъ взысканій по той и другой формѣ оскорбленій измѣняется, если смотрѣть на случаи смѣшанныхъ наказаній, какъ на уголовныя наказанія; съ точки зрѣнія общественнаго интереса на нихъ иначе и смотрѣть нельзя—и въ нихъ уголовная кара исходитъ отъ суда. Съ этой стороны упомянутыя цифры являются въ такомъ видѣ: по обидамъ словомъ уголовныхъ каръ 18 на 26 случаевъ, а по обидамъ дѣйствіемъ—33 на 69 случаевъ, т.-е. въ первомъ случаѣ немного болѣе, а во второмъ — немного менѣе чѣмъ 1/2 общаго числа.

При опредѣленіи наказаній за обиды принимается въ соображеніе и *рецидива*. Такъ, были два случая: въ одномъ была принесена жалоба на крестьянина, нанесшаго вторично обиду дѣйствіемъ; въ первый разъ онъ былъ приговоренъ (почему-то волостнымъ правленіемъ, а не судомъ — въ книгахъ рѣшеній этого нѣтъ) къ уплатѣ безчестья въ 1 руб.; но обиженному еще не уплатилъ; судъ постановилъ взыскать съ него сверхъ этого рубля еще 50 коп. [1]); въ другомъ случаѣ обидчикъ за нанесеніе побоевъ былъ приговоренъ къ высшей мѣрѣ наказанія (20 ударамъ) въ виду того, что онъ вообще буйнаго характера, такъ какъ въ 1884 году имъ „была совершена значительная драка“ [2]). Знакомо суду и *соучастіе* при нанесеніи обиды дѣйствіемъ; онъ различаетъ зачинщиковъ отъ сообщниковъ; такъ по одному дѣлу зачинщикъ былъ приговоренъ къ 20 ударамъ розогъ, а сообщникъ къ 2 днямъ ареста [3]); въ другомъ — всѣ участники къ 2 руб. безчестья, а зачинщикъ сверхъ того къ уплатѣ издержекъ, сдѣланныхъ казною на уплату судебному врачу [4]). Погашается обида взаимностью и прощеніемъ. Что касается *взаимности* обидъ, то изъ пяти [5]) случаевъ ея лишь въ одномъ онѣ не погашены:

---

[1]) 1869 г. № 10, д. Н. Назарова съ Александровымъ.

[2]) 1835 г. № 15, д. Г. Петрова съ М. Ульяновымъ.

[3]) 1876 г. № 15, д. Е. Ефимова съ Ивановымъ.

[4]) 1885 г. № 31, д. М. Степанова съ бр. Ивановыми.

[5]) 1872 г. № 38, д. Е. Ефимовой съ Александровымъ; 1874 г. № 11, д. П. Дмитріевой съ К. Григорьевымъ; № 26, д. А. Григорьевой съ А. Степановымъ; 1881 г. № 9, д. Г. Стрекалова съ Г. Ефимовымъ.

обѣ стороны подверглись одинаковому наказанію [1]). Есть нѣсколько случаевъ, изъ которыхъ видно, что судъ, взвѣсивъ вину каждой изъ сторонъ, опредѣляетъ наказаніе и той, и другой; при этомъ онъ различаетъ, кто подалъ поводъ къ обидѣ и наказываетъ его строже [2]); въ одномъ случаѣ „зачинщикомъ“ оказался самъ истецъ; его и приговорили къ аресту, а отвѣтчика оправдали [3]). *Прощеніе*, погашая вину [4]), не освобождаетъ отъ обязанности уплатить вознагражденіе за убытки, причиненные нанесеніемъ оскорбленія дѣйствіемъ [5]).

Переходимъ къ *обязательствамъ, вытекающимъ изъ нарушенія имущественныхъ правъ*. Они имѣютъ своимъ основаніемъ имущественный ущербъ, причиненный или завладѣніемъ имущества, или поврежденіемъ его, или введеніемъ въ расходы. Главное юридическое послѣдствіе этихъ дѣйствій—обязательство вознаградить за ущербъ, но къ этому главному присоединяются и второстепенныя (о чемъ рѣчь впереди); ущербъ же нравственный не вознаграждается; такъ, дѣвица просила взыскать съ лица, по винѣ котораго она была приведена изъ Петербурга по этапу, вознагражденіе „за огорченія и тревоги“, но судъ ей отказалъ въ этомъ требованіи [6]). Отвѣтственность за убытки предполагаетъ вину, а потому нѣтъ отвѣтственности за случайныя послѣдствія правомѣрныхъ дѣйствій, напр., за убытокъ, причиненный при необходимой оборонѣ [7]). Вина имѣетъ мѣсто и въ тѣхъ случаяхъ, когда за потраву привлекается къ отвѣтственности собственникъ скота—но къ этому вопросу мы сейчасъ вернемся. Неосторожность и небрежность имѣютъ, какъ видно изъ имѣющагося матеріала, одинаковое значеніе съ умысломъ. На этотъ счетъ имѣются три рельефныхъ случая: послѣдствіемъ неосторожной ѣзды былъ ушибъ прохожаго; пострадавшій проболѣлъ нѣкоторое время, потратился на леченіе,—судъ присудилъ съ виновнаго возмѣщеніе издержекъ леченія [8]). Затѣмъ, послѣдствіемъ неосторожнаго обращенія съ огнемъ былъ пожаръ: сгорѣлъ сарай и сѣно; судъ постановилъ: выстроить сарай и передать истцу сѣно, одинаковаго качества и количества со сгорѣвшимъ [9]). Въ третьемъ случаѣ—неосторожность заключалась въ томъ, что копань была оставлена неогороженною; въ нее ввалился теленокъ; судъ постановилъ взыскать съ виновнаго стоимость теленка [10]). Что касается размѣра вознагражденія, то оно опредѣляется судомъ, причемъ присудить болѣе того, что требуетъ истецъ, судъ не можетъ; такъ, по одному дѣлу истецъ хотя и требовалъ 25 руб. вознагражденія, но заявилъ, что убытокъ можетъ быть равняется 5 р., а можетъ быть и 50 руб., судъ постановилъ взыскать 5 руб. [11]). Въ тѣхъ случаяхъ, когда необходимо произвести довольно сложную оцѣнку, послѣдняя возлагается на волостного старшину [12]) или на сотскаго вмѣстѣ съ двумя крестьянами [13]).

---

[1]) 1873 г. № 33, д. Е. Александрова съ А. Ильиной; 1878 г. № 34, д. Ф. Дроздова съ С. Андреевымъ.

[2]) 1880 г. № 25, д. Семеновой съ Спиридоновой; № 43, д. М. Ильиной съ И. Афанасьевымъ.

[3]) 1884 г. № 1, д. П. Александрова съ В. Федоровымъ.

[4]) 1873 г. № 29, д. И. Матвѣевой съ И. Матвѣевымъ.

[5]) 1877 г. № 39, д. А. Дмитріева съ В. Игнатьевымъ.

[6]) 1868 г. № 1, д. Егоровой съ б. двор. Малиновскимъ.

[7]) 1873 г. № 37, д. П. Емельянова съ Я. Онуфріевымъ.

[8]) 1873 г. № 3, д. Н. Николаева съ А. Никитинымъ.

[9]) 1880 г. № 28, д. Ф. Леонова съ Н. Герасимовымъ.

[10]) 1874 г. № 33, д. Г. Никитина съ бр. Родіоновыми.

[11]) 1872 г. № 39, д. Г. съ Васильевымъ.

[12]) 1874 г. № 25, д. К. Кузякова съ кр. дер. Горешницы.

[13]) 1872 г. № 55, д. Е. Варфоломѣева съ П. Кузьминымъ и др.

Если же самому суду приходится опредѣлить цѣну вещи, то принимается цѣна не индивидуальная, хотя бы размѣръ ея и былъ доказанъ свидѣтелями, а общая, средняя; такъ, несмотря на то, что стоимость убитой свиньи и сломанной гармонии была доказана, судъ присудилъ гораздо меньше [1]). Послѣ этихъ общихъ замѣчаній переходимъ къ отдѣльнымъ обязательствамъ этой группы. Обязательства, имѣющія своимъ основаніемъ *ущербъ*, *причиненный завладѣніемъ*, могутъ касаться *движимаго* и недвижимаго имущества. Что касается перваго, то сюда относятся 44 случая похищенія и присвоенія чужаго имущества, изъ коихъ: кражъ разныхъ вещей 14, укрывательствъ краденаго 2, мошенничества 1, самовольной рыбной ловли 2, порубки лѣса 4, присвоенія находки 2, присвоенія ввѣреннаго имущества 10, пользованія чужимъ имуществомъ 2. Преобладающій взглядъ на похищеніе и присвоеніе чисто гражданскаго свойства, а именно въ 29 случаяхъ судъ постановилъ лишь возмѣстить стоимость похищенной или присвоенной вещи [2]); въ 12 — возвратить вещь или украденныя деньги [3]), причемъ въ одномъ—*или* возвратить вещь *или* уплатить стоимость ея [4]), затѣмъ въ одномъ — уплатить денежную пеню въ пользу собственника [5]). Иногда судъ опредѣляетъ размѣръ присвоеннаго или похищеннаго по соображенію съ той обстановкой, при которой произошло похищеніе или присвоеніе; въ 9 случаяхъ къ гражданскимъ послѣдствіямъ присоединены уголовныя, а именно въ шести—денежный штрафъ отъ 50 к. до 1 руб. въ одномъ два дня ареста и въ одномъ — 20 ударовъ розгами; лишь въ одномъ случаѣ похититель присужденъ къ одному уголовному наказанію [6]). Такъ, что общая сумма похищеній и присвоеній относится къ числу тѣхъ изъ нихъ, которыя повлекли за собою и карательныя послѣд-

---

[1]) 1874 г. № 53, д. П. Өедорова съ Е. Сергѣевымъ; 1875 г. № 11, д. Т. Кузьмина съ Р. Яковлевымъ.

[2]) 1867 г. № 2, д. Петровой съ Өедоровымъ; 1869 г. № 2, д. А. Дементьева съ Т. Кузьминымъ; 1871 г. № 39, д. Е. Өедорова съ Родіоновыми и др.; 1873 г. № 24, д. Н. Иванова съ У. Ефимовымъ; 1874 г. № 6, д. г. Оболенскихъ съ Н. Фрегонтьевымъ; 1877 г. № 17, д. И. Елисѣева съ Ө. Мелетьевымъ.

[3]) 1867 г. № 7, д. Д. Иванова съ Д. Николаевымъ; 1878 г. № 29, д. М. Григорьева съ С. Карповымъ; 1872 г. № 10, д. К. Назарова съ Н. Матвѣевымъ; 1883 г. № 2, д. М. Матвѣева съ А. Захаровымъ; 1870 г. № 17, д. Я. Иванова съ В. Тимофѣевой; № 32, д. С. съ С. Ивановымъ; 1881 г. № 25, д. Н. Игнатьева съ Г. Ефимовымъ; 1870 г. № 16, д. В. Андреева съ Ф. Яковлевымъ; 1880 г. № 12, д. П. Антонова съ Г. Кузьминымъ; 1868 г. № 1, д. Егоровой съ Малиновскимъ; 1878 г. № 20, д. И. Степанова съ С. Прокофьевымъ; 1885 г. № 8, д. А. Сергѣева съ В. Андронниковымъ; 1872 г. № 39, д. Г. съ С. Васильевымъ; 1872 г. № 46, д. С. Андреева съ В. Богдановымъ; 1882 г. № 14, д. Г. Матвѣева съ И. Игнатьевымъ; 1868 г. № 10, д. А. Борисѣва съ кр. дер. Дуплево; 1878 г. № 10, д. Ф. Мартынова съ Д. Васильевымъ и др., № 44 д. крест. дер. Гонево съ кр. дер. Раменья; 1872 г. № 55, д. Е. Варфоломѣева съ П. Кузьминымъ; 1884 г. № 45, д. П. Пименовой съ Ө. Афанасьевымъ; 1871 г. № 33, д. С. Өеофанова съ П. Михневымъ; 1865 г. № 1, д. В. Ефимова съ Ф. Аносовымъ; 1884 г. № 6, д. В. Кузьмина съ И. Дмитріевымъ; 1883 г. № 3, д. Г. Демьянова съ А. Семеновымъ; 1885 г. № 7, д. М. Козырева съ А. Степановымъ; № 10, д. брат. Емельяновыхъ съ кр. дер. Гонево; № 20, д. А. Гаврилова съ Г. Савельевымъ; 1873 г. № 48, д. В. Григорьева съ М. Ивановымъ; 1881 г. № 12, д. Т. Степанова съ В. Андреевымъ; 1874 г. № 29, д. Д. Елисѣева съ И. Игнатьевымъ; 1875 г. № 4, д. кр. дер. Гоголево съ кр. дер. Гонево; 1872 г. Я. Емельянова съ А. Федотовымъ; 1873 г. № 28, д. П. Карпова съ И. Матвѣевымъ; 1880 г. № 37, д. П. съ Д. Ивановымъ.

[4]) 1879 г. № 1, д. Т. Дмитріева съ М. Григорьевымъ.

[5]) 1877 г. № 13, д. Г. Дементьева съ А. Ивановымъ.

[6]) 1885 г. № 38, д. Н. Богданова съ И. Тихановымъ.

ствія, какъ 5, 5 : 1. Что касается собственно гражданскихъ послѣдствій, то судъ велитъ возвращать вещи тогда, когда онѣ еще находятся у укравшаго, въ противномъ случаѣ, если украдена замѣнимая вещь, часто взыскивается количество вещей того же рода, равное присвоенному, а если украдена незамѣнимая вещь—взыскивается стоимость ея; но въ одномъ случаѣ было украдено 10 р., въ другомъ—присвоенъ тулупъ, стоющій 15 р.; судъ присудилъ значительно меньше: въ первомъ случаѣ—5 руб. [1]), въ другомъ—10 руб. [2]), имѣя въ виду, что истецъ и отвѣтчикъ во время кражи и отдачи на сохраненіе вмѣстѣ кутили и оба были выпивши. Самое возмѣщеніе стоимости похищеннаго или присвоеннаго производится не только деньгами, но и вещами [3]). Возмѣщеніе это, и притомъ въ полной мѣрѣ, производится не всегда самимъ лицомъ похитившимъ вещь, но и укрывателемъ краденаго; такъ, въ одномъ случаѣ крестьянинъ хвастался тѣмъ, что знаетъ гдѣ находятся украденныя деньги, а въ другомъ обѣщалъ за полштофъ водки отыскать украденный кафтанъ: съ обоихъ взыскана стоимость украденныхъ вещей [4]). Едва-ли можно предположить, что лица эти дѣйствительно знали гдѣ украденныя вещи находятся, вѣрнѣе, что одинъ хвастался, а другой — просто хотѣлъ выпить или уже выпилъ на счетъ обокраденнаго. Характерными представляются юридическія послѣдствія временнаго самовольнаго пользованія чужою вещью; въ одномъ случаѣ были украдены колеса и судъ постановилъ: колеса возвратить и, кромѣ того, уплатить за пользованіе ими въ теченіе 8 дней по 25 к. въ день [5]); эти 2 руб. едва ли могутъ быть разсматриваемы какъ вознагражденіе за потерянную прибыль (lucrum cessans); изъ дѣла не видно, чтобы истецъ указывалъ на убытки, ему причиненные; вѣрнѣе квалифицировать искъ собственника колесъ, какъ искъ изъ обогащенія на чужой счетъ. Въ другомъ случаѣ, крестьянинъ взялъ самовольно лошадь, съѣздилъ куда нужно было и возвратилъ лошадь; судъ за это взыскалъ съ него три рубля въ пользу собственника лошади, за самовольную ѣзду [6]); что эти три рубля тоже не сумма потерянной прибыли, но и не сумма, которою отвѣтчикъ обогатился, это очевидно: въ Кемецкой волости такихъ цѣнъ на наемъ лошади нѣтъ; это развѣ денежный штрафъ въ пользу собственника лошади.

Обязательства, вытекающія изъ *завладѣнія недвижимымъ имуществомъ*, т. е. изъ совершенія лицомъ владѣльческихъ дѣйствій (Besitzhandlungen) надъ чужимъ недвижимымъ имуществомъ, заключаются въ полномъ вознагражденіи причиненнаго ущерба. О самостоятельномъ юридическомъ значеніи труда, положеннаго на обработку чужой земли, напр. на косьбу сѣна и постройку гумна на чужой землѣ не можетъ быть и рѣчи (см. ст. „О юридическомъ значеніи труда въ обычномъ правѣ“ стр. 35—47). На разсмотрѣніи суда былъ одинъ случай засѣва, три случая — косьбы на чужомъ полѣ и одинъ случай застроенія чужой земли; первый случай былъ судомъ переданъ на разсмотрѣніе сельскаго схода [7]), послѣдующіе три были разрѣшены въ такомъ смыслѣ: лицо, скосившее обязано было упла-

---

[1]) 1882 г. № 19, д. К. Назарова съ П. Матвѣевымъ.

[2]) 1883 г. № 3, д. Г. Дементьева съ А. Семеновымъ.

[3]) 1876 г. № 39, д. Е. Федорова съ Родіоновымъ; 1875 г. № 8, д. А. Александрова съ И. Даниловымъ.

[4]) 1878 г. № 29, д. М. Григорьева съ С. Кирковымъ; 1881 г. № 23, д. И. Васильева съ Никитинымъ.

[5]) 1877 г. № 13, дѣло Г. Дементьева съ А. Ивановымъ.

[6]) 1879 г. № 31, дѣло Е. Леонтьева съ Н. Васильевымъ.

[7]) 1879 г. № 31, дѣло Е. Леонтьева съ Н. Васильевымъ.

тить собственнику земли стоимость выкошеннаго сѣна [1]); въ пятомъ случаѣ судъ обязалъ лицо, застроившее чужую землю, дать собственнику застроенной земли въ обмѣнъ одинаковое количество пахотной земли [2]). Что касается обязательствъ, вытекающихъ изъ *поврежденія чужого имущества*, то изъ массы случаевъ, когда предметомъ поврежденія были движимыя вещи, напр. при разбитіи стекла [3]), бутылки [4]), гармоніи [5]), разорваніи одежды [6]), рыбной сѣти [7]), поврежденіи коровы [8]), убоѣ свиньи [9]) и т. п., и когда предметомъ поврежденія было недвижимое имущество, напр. при ѣздѣ по распаханному полю [10]), порчѣ межи [11]) (за что виновный въ поврежденіи обязанъ былъ уплатить вознагражденіе за убытокъ) выдѣляются случаи *потравъ чужихъ угодій*. Въ случаяхъ этихъ представляютъ интересъ два вопроса: кто отвѣчаетъ за убытки, происшедшіе отъ потравы, и какъ опредѣляется размѣръ вознагражденія за эти убытки. По первому вопросу мы можемъ выставить такое общее положеніе: отвѣтственность за потраву падаетъ на лицо, *виновное* въ потравѣ, а таковымъ является или собственникъ скота или постороннее лицо. Въ большинствѣ случаевъ отвѣчаютъ собственники скота, именно: изъ 37 рѣшеній о потравахъ въ 29 они были признаны отвѣтственными. Въ остальныхъ восьми рѣшеніяхъ отвѣтственность пала: 1) разъ на собственника скота, на пастуха и старосту, худо наблюдавшаго за изгородью [12]), 2) два раза на собственника скота и на лицо, на обязанности котораго лежало сдѣлать изгородь и наблюдать за нею [13]), 3) разъ на лицо, обязанное устроить изгородь и наблюдать за нею [14]), 4) разъ на собственника скота и на лицъ, не затворившихъ ворота (въ этомъ случаѣ собственникъ скота былъ собственникомъ земли, смежной съ землею, гдѣ произошла потрава; собственникъ земли позволилъ крестьянамъ ѣздить по ней, но обязалъ устроить ворота и закрывать ихъ; послѣднія и не закрыли ихъ [15]), 5) разъ на лицо, не затворившее ворота [16]) и 6) два раза на лицо, загнавшее лошадей въ поле [17]). Не надо думать, чтобы эти случаи являлись исключеніями, а общимъ правиломъ — отвѣтственность собственника скота; какъ хозяинъ

---

[1]) 1880 г. № 45, дѣло Д. Иванова съ А. Григорьевымъ; 1883 г. № 7, дѣло И. Степанова съ С. Ефимовымъ; 1885 г. № 25, дѣло Я. Яковлева съ А. Астафьевымъ.

[2]) 1878 г. № 30, дѣло Е. Борисова съ С. Карповымъ.

[3]) 1873 г. № 5, дѣло К. Иванова съ А. Астафьевымъ; № 13, дѣло М. Федосѣева съ И. Ивановымъ; 1876 г. № 16, дѣло Д. Романова съ Н. Яковлевымъ.

[4]) 1880 г. № 20, дѣло И. Максимова съ Г. Игнатьевымъ.

[5]) 1874 г. № 58, дѣло Г. Ѳедорова съ Е. Сергѣевымъ.

[6]) 1873 г. № 10, дѣло Е. Матвѣева съ В. Ивановымъ; 1876 г. № 17, дѣло Н. Яковлева съ И. Ивановымъ; 1871 г. № 15, д. М. Николаева съ С. Никитинымъ; 1885 г. № 12, дѣло А. Макарова съ О. Владиміровымъ; 1877 г. № 39, дѣло А. Дмитріева съ В. Игнатьевымъ.

[7]) 1885 г. № 30, дѣло Г. Ѳедорова съ Г. Кузьминымъ.

[8]) 1875 г. № 27, дѣло Н. Ѳедорова съ Е. Никитинымъ.

[9]) 1875 г. № 11, дѣло Т. Кузьмина съ Р. Яковлевымъ.

[10]) 1875 г. № 22, дѣло Ѳ. Алексѣева съ Н. Кузяковымъ.

[11]) 1882 г. № 19, дѣло Н. Павлова съ Ф. Семеновымъ,

[12]) 1865 г. № 3, дѣло г-жи Жигаловой съ кр. дер. Копанково.

[13]) 1877 г. № 33, дѣло М. Григорьева съ С. Карповымъ; 1878 г. № 23, дѣло г-жи Матеръ съ Е. Никифоровымъ.

[14]) 1878 г. № 36, дѣло г. Матеръ съ И. Кондратьевымъ.

[15]) 1870 г. № 17, дѣло г. Матера съ К. Ермолаевымъ.

[16]) 1876 г. № 21, дѣло З. Павловк съ П. Ивановымъ.

[17]) 1871 г. № 21, дѣло г. Матеръ съ Ивановыми; 1874 г. № 16, дѣло О. Авдѣева съ Д. Ѳоминымъ.

скота, такъ и всѣ перечисленныя лица отвѣчаютъ потому, что виноваты въ потравѣ. Вопросъ объ отвѣтственности собственника скота за потраву не разъ подвергался обсужденію въ нашей литературѣ. Были высказаны разныя мнѣнія. Такъ, покойный Оршанскій (Народный судъ и народное право, въ Журналѣ гражд. и уголов. права 1875 г. № 4, стр. 199—202) полагалъ, что въ основаніе этой отвѣтственности законодатель кладетъ предположеніе, что каждый владѣлецъ самъ смотритъ за своимъ скотомъ. Самъ Оршанскій признаетъ это предположеніе невѣрнымъ и высказался въ пользу отвѣтственности пастуха, какъ это якобы принято нашимъ обычнымъ правомъ. Профессоръ Пахманъ фактически опровергъ это послѣднее мнѣніе и выставилъ иное основаніе отвѣтственности собственника скота (Обычное право т. I стр. 353—355). По его мнѣнію, отвѣтственность собственника скота установлена потому, что такимъ путемъ скорѣе и вѣрнѣе можно получить удовлетвореніе; задержаніе скота заставляетъ собственника его произвести уплату, не доводя дѣло до процесса, а большая, сравнительно съ пастухомъ, состоятельность его ручается за вѣрность уплаты; но отвѣтственность съ пастуха все-таки не слагается, онъ можетъ быть привлеченъ хозяиномъ скота. Позволяю себѣ не согласиться ни съ тѣмъ, ни съ другимъ обоснованіемъ отвѣтственности хозяина скота. О первомъ и говорить нечего, самъ Оршанскій оцѣнилъ его по достоинству; второе же является мотивомъ исключенія изъ такого точно опредѣленнаго начала, которое никакихъ исключеній не допускаетъ; а именно, имъ мотивируется юридически невозможное положеніе: „безъ вины виноватый". За потраву, какъ и за всякое дѣйствіе, причиняющее ущербъ, отвѣчать можетъ лишь тотъ, кто виновенъ, будь то собственникъ скота или другое лицо — это все равно; пастухъ же, по самому назначенію своему, какъ пастухъ, никогда не можетъ быть виновенъ, а слѣдовательно, не можетъ и отвѣчать, и если это иногда и допускается, то, какъ увидимъ, имѣетъ свои особыя, спеціальныя основанія. Прежде всего надо различать двоякаго рода случая потравы: 1) или потрава произведена отдѣльнымъ животнымъ, пущеннымъ хозяиномъ и оставленнымъ безъ присмотра — тутъ вина хозяина очевидна: онъ отвѣчаетъ за отсутствіе предусмотрительности, за пренебреженіе чужими правами (въ этомъ случаѣ о пастухѣ и рѣчи нѣтъ), 2) или потрава произведена стадомъ; что и тутъ отвѣтственность падаетъ на собственника скота объясняются тѣмъ, что онъ позволилъ пастуху пасти скотъ въ ненадлежащемъ мѣстѣ; не надо забывать, что каждый предусмотрительный хозяинъ пуститъ свой скотъ лишь въ такое поле, которое огорожено отъ смежныхъ владѣній; иногда же на хозяинѣ скота лежатъ извѣстныя обязанности относительно изгороди, неисполненіе коихъ влечетъ за собою отвѣтственность за потраву. Что именно неисполненіе этихъ обязанностей является основаніемъ его отвѣтственности видно уже изъ того, что, или рядомъ съ нимъ или независимо отъ него, обязанности эти лежатъ и на другихъ лицахъ и неисполненіе ихъ этими лицами даетъ основаніе привлечь къ отвѣту послѣднихъ и освободить собственника скота отъ отвѣтственности или умалить ее. Для выясненія основанія отвѣтственности этихъ лицъ, а отчасти и собственника скота, возьмемъ два единственно возможныхъ случая: когда нѣтъ изгородей или онѣ сломаны и когда онѣ имѣются. а) Въ первомъ случаѣ надо различать, кто обязанъ устроить или поддерживать изгородь — данный ли собственникъ скота или сосѣдъ его или третье лицо: если самъ собственникъ скота, — то онъ платитъ за потраву, потому что не озаботился огородить свое поле; пустивъ скотъ въ такое поле, онъ какъ бы посягнулъ на права сосѣда; если изгородь должна быть сдѣлана и поддержана сосѣдомъ, собственникомъ земли, то онъ же и виновенъ, что скотъ потравилъ его поле — на сторонѣ собственника скота нѣтъ вины; собственникъ земли и въ судъ не пойдетъ; наконецъ, если изгородь должна была быть сдѣлана или поддерживаема третьимъ лицомъ, то это лицо и отвѣчаетъ за потраву; изба-

вить въ этомъ случаѣ собственника скота отъ всякой отвѣтственности тоже нѣтъ основанія — онъ могъ требовать черезъ старосту, чтобы изгородь была сдѣлана: на старостѣ лежитъ обязанность наблюдать за изгородью, но рядомъ со старостою отвѣчаетъ за потраву и лицо обязанное, какъ говорится, огородить осѣки, а рядомъ съ нимъ иногда и самъ собственникъ скота. Во всѣхъ указанныхъ случаяхъ только эти лица и могутъ отвѣчать; пастухъ же ничего противъ потравы сдѣлать не можетъ; въ иномъ стадѣ до ста головъ; и если иногда пастухъ и можетъ быть привлеченъ къ отвѣту, то лишь за то, что не заявилъ кому слѣдуетъ, что изгороди въ томъ или другомъ мѣстѣ или вовсе нѣтъ или она сломана, или же за то, что пасъ скотъ не тамъ, гдѣ показано. Съ этой точки зрѣнія на отвѣтственность за потраву, при отсутствіи или неудовлетворительномъ состояніи изгородей, и объясняется отвѣтственность постороннихъ лицъ въ трехъ первыхъ выше указанныхъ случаяхъ (иногда самый искъ объ убыткахъ, причиненныхъ потравою, называется весьма характерно искомъ „объ убыткахъ, причиненныхъ отъ неустройства изгородей") [1]). Далѣе, б) въ тѣхъ случаяхъ, когда есть исправная изгородь, потрава можетъ произойти лишь тогда, когда ворота будутъ оставлены не затворенными или, какъ здѣсь говорятъ, „незакутанными". Кто былъ столь небреженъ и не закуталъ воротъ — что иногда и трудно и надоѣдаетъ, — тотъ, какъ мы видѣли изъ двухъ случаевъ, и отвѣчаетъ за потраву. Совмѣстная отвѣтственность лица, незатворившаго ворота и собственника скота за потраву стадомъ, конечно, логически несообразна. Послѣдній не виноватъ, что ворота не затворены, развѣ бы онъ самъ не затворилъ ихъ. Иное дѣло при потравѣ отдѣльнымъ животнымъ: лицо, незатворившее воротъ виновно именно въ этомъ, а хозяинъ скота — въ томъ, что пустилъ на волю скотъ; онъ долженъ былъ предвидѣть возможность нанесенія ущерба сосѣдямъ. Такимъ и представляется четвертый и пятый изъ указанныхъ выше случаевъ. Наконецъ, что именно вина является основаніемъ отвѣтственности за потраву весьма рельефно сказывается въ тѣхъ случаяхъ, когда потрава произошла путемъ загона скота — загнавшій и отвѣчаетъ за убытки. Это шестой случай. Вотъ какимъ образомъ, кажется, слѣдуетъ себѣ объяснить отвѣтственность за потраву.

Что касается второго вопроса: о *размѣрѣ вознагражденія* за убытки, причиненные потравою, то въ однихъ случаяхъ онъ опредѣляется по утвержденной правительственной таксѣ, въ другихъ—соотвѣтственно дѣйствительной стоимости истребленныхъ продуктовъ; такъ, изъ 37 случаевъ въ 11 было взыскано по таксѣ [2]), въ 24—стоимость истребленнаго [3]), а въ двухъ случаяхъ и то и

---

[1]) 1872 г. № 6, дѣло Н. Кузякова съ крест. дер. Горешницы.

[2]) 1873 г. № 33, дѣло Ѳ. Степанова съ В. Васильевымъ; № 35, дѣло И. Семенова съ крест. дер. Раменья; 1874 г. № 12, дѣло В. Евстигнѣева съ П. Варфоломѣевымъ; 1876 г. № 22, дѣло А. Петрова съ Г. Андреевымъ; № 6, дѣло С. Андреева съ П. Васильевымъ; 1874 г. № 25 и 58, дѣло Н. Кузякова съ крест. дер. Горешницы; 1875 г. № 30 и 31, дѣло Н. Кузякова съ Ф. Алексѣевымъ; 1876 г. № 21, дѣло З. Павлова съ П. Ивановымъ; 1871 г. № 21, дѣло г. Матеръ съ Ивановымъ.

[3]) 1865 г. № 3, дѣло г. Желякова съ крест. дер. Копонково; 1869 г. № 1, дѣло Ѳ. Семенова съ Г. Николаевымъ; 1872 г. № 6, дѣло Н. Кузякова съ кр. дер. Горешницы; № 34, дѣло С. Карпова съ І. Харитоновымъ; 1874 г. № 38, дѣло И. Иванова съ крест. дер. Дмитровка; № 59, дѣло И. Петрова съ В. Борисовой; 1877 г. № 34, дѣло П. Васильева съ Х. Григорьевымъ; 1875 г. № 29, дѣло Е. Борисова съ И. Степановымъ; 1878 г. № 46, дѣло Р. Васильева съ А. Григорьевымъ; 1882 г. № 24, дѣло г. Шишина съ крест. дер. Гоголево; 1883 г. № 10, дѣло г. Матеръ съ Ѳ. Яковлевымъ; 1884 г. № 8, дѣло И. Николаева съ П. Афонасьевымъ; 1885 г. № 35, Ѳ. Кондратьева съ С. Ивановымъ; 1873 г. № 36, дѣло Н. Кузякова съ крест. дер. Горешницы; 1881 г. № 19, дѣло А. Григорьева съ И. Назаровымъ;

другое [1]); въ первой категоріи случаевъ разсчетъ производится совершенно независимо отъ числа дней, въ продолженіе которыхъ происходила потрава, т.-е. взыскивается разъ какъ бы за одинъ день. Въ одномъ дѣлѣ истецъ требовалъ за 114 дней по таксѣ—взыскано за одинъ день [2]). Уплачивается вознагражденіе иногда натурою [3]). Наконецъ остается сказать пару словъ объ *обязательствахъ, вытекающихъ изъ введенія другого въ расходы* (возмѣщеніе издержекъ) безъ завладѣнія или поврежденія имущества. Сюда относятся обязательства уплатить расходы на леченіе болѣзни, причиненной виновнымъ [4]) и обязательства уплатить издержки розысканія украденой вещи [5]) и издержки казны на уплату „судебному врачу" въ дѣлахъ о побояхъ, начатыхъ и прекращенныхъ судебнымъ слѣдователемъ и переданныхъ въ волостной судъ [6]).

## IV.

Переходимъ къ разсмотрѣнію *семейныхъ* правоотношеній. Что касается *брачнаго союза*, то имѣющіяся данныя касаются главнымъ образомъ *личныхъ отношеній* супруговъ. Супруги обязаны жить вмѣстѣ. Разводовъ, или вѣрнѣе расходовъ суду не приходилось давать; но въ принципѣ онъ не отрицаетъ права своего дѣлать это; такъ, въ одномъ дѣлѣ онъ отказалъ въ разводѣ женѣ, жаловавшейся на дурное обращеніе мужа, упомянувъ въ рѣшеніи, что если бы мужъ сдѣлалъ дерзости женѣ, то можно было бы дать ей пропитаніе отъ мужа, т.-е. можно бы было супруговъ развести съ обязательствомъ мужа давать женѣ содержаніе [7]). Въ одномъ случаѣ судъ совсѣмъ уклонился отъ разсмотрѣнія дѣла, отославъ супруговъ въ общія судебныя установленія [8]). Самовольный уходъ жены отъ мужа влечетъ за собою водвореніе къ мужу, хотя бы она ушла отъ него „видя худую жизнь"; отцу ея, принявшему ее въ домъ, дѣлается внушеніе, чтобы не держалъ у себя дочь [9]); иногда независимо отъ водворенія жена подвергается уголовному наказанію (2 дня „низкихъ общественныхъ работъ" [10]). Раздѣльная жизнь супруговъ была признана

---

1874 г. № 16, дѣло О. Авдѣева съ Ѳ. Фоминымъ; 1876 г. № 18, дѣло Г. съ Ѳ. Игнатьевымъ, № 20, дѣло А. Кашнина съ Я. Степановымъ; 1877 г. № 33; дѣло М. Григорьева съ С. Карповымъ; 1878 г. № 23, дѣло г. Матеръ съ Е. Никандровымъ; 1878 г. № 36, дѣло г. Матеръ съ Кондратьевымъ; 1872 г. № 44, дѣло В. Широкова съ крест. дер. Гарешницы; № 48, дѣло дьячка Доброносова съ Г. Семеновымъ; 1874 г. № 18, дѣло Д. Иванова съ В. Владиміровымъ; 1870 г. № 17, дѣло г. Матеръ съ К. Ермолаевымъ.

[1]) 1872 г. № 33, дѣло Я. П. съ И. Морозовымъ; 1881 г. № 31, дѣло В. Евдокимова съ А. Захаровымъ.

[2]) 1874 г. № 85, дѣло Кузякова съ кр. дер. Горешницы.

[3]) 1865 г. № 8, дѣло Г. Жилякова съ крест. дер. Кононково; 1874 г. № 88, дѣло В. Иванова съ крест. дер. Дмитровки.

[4]) 1873 г. № 3, дѣло А. Николаева съ Н. Никитинымъ.

[5]) 1865 г. № 1, дѣло В. Ефимова съ Ѳ. Аносовымъ; 1885 г. № 38, дѣло Н. Богданова съ И. Тихановымъ.

[6]) 1884 г. № 10, дѣло Н. Леонтьева съ Г. Петровымъ; № 11, дѣло А. Никитиной съ бр. Яковлевыми; 1885 г. № 3, дѣло П. Яковлева съ Г. Игнатьевымъ; № 31, дѣло М. Степанова съ бр. Ивановыми.

[7]) 1877 г. № 16, дѣло супруговъ Ивановыхъ.

[8]) 1871 г. № 8, дѣло супруговъ Алексѣевыхъ.

[9]) 1883 г. № 9, дѣло супруговъ Климентьевыхъ.

[10]) 1878 г. № 47, дѣло супруговъ Гавриловыхъ.

судомъ лишь въ двухъ случаяхъ, а именно: 1) былъ выданъ отдѣльный видъ, въ виду безвѣстнаго отсутствія мужа „впредь до исключенія изъ оклада" [1]) и 2) женѣ лица, удаленнаго изъ общества за порочное поведеніе, разрѣшено остаться въ деревнѣ—„какъ хорошаго поведенія и при трудахъ своихъ пріобрѣтаетъ имущество" [2]). Выставить какія либо абсолютныя правила касательно чисто-личныхъ правъ и обязанностей супруговъ едва ли возможно. Несомнѣнно, что жена обязана повиноваться мужу, но онъ не имѣетъ права наносить ей побои. Въ одномъ рѣшеніи судъ подвергъ мужа за нанесеніе побоевъ женѣ 10 ударамъ розогъ [3]); въ другомъ—20 ударамъ, но и жену за ея дерзкое и строптивое поведеніе наказалъ двумя днями ареста [4]); въ третьемъ—освободилъ отъ отвѣтственности, но считалъ нужнымъ мотивировать свое рѣшеніе тѣмъ, что жена давала къ тому поводъ [5]). Выводъ: если бы по мнѣнію суда мужъ имѣлъ право бить жену, то онъ (судъ) не освободилъ бы мужа отъ отвѣтственности, въ силу того однаго, что жена давала къ тому поводъ. Касательно *имущественныхъ отношеній* супруговъ имѣются лишь свѣдѣнія о приданомъ. Имѣющіяся данныя убѣждаютъ въ томъ, что 1) приданое принадлежитъ женѣ на правѣ собственности; 2) ни мужъ, ни свекровъ не могутъ имъ распоряжаться безъ согласія жены; 3) дается оно на покрытіе общихъ семейныхъ расходовъ и можетъ быть напр. истрачено мужемъ на содержаніе дѣтей; но оно не можетъ быть истрачено на покрытіе такихъ расходовъ, которые лежатъ на мужѣ, напр. на лѣченіе жены; разъ сдѣланные, первые не возвращаются, а вторые возвращаются тому, кто имѣетъ право требовать возврата приданаго; 4) возврата приданаго или уплаты стоимости его можно требовать при сдачѣ мужа въ солдаты, слѣдовательно при выходѣ изъ семьи; сама жена можетъ предъявить свое требованіе къ свекру, а по смерти бездѣтной жены—ея отецъ или мать; 5) ни возврата, ни уплаты стоимости приданаго не полагается относительно вещей, пришедшихъ, за продолжительностью времени, въ ветхость. Эти положенія выводятся изъ слѣдующихъ трехъ случаевъ: въ приданое была дана телка; жена, во время болѣзни, продаетъ телку и истрачиваетъ полученныя деньги на лѣченіе; послѣ ея смерти отецъ потребовалъ отъ зятя уплаты стоимости телки—судъ удовлетворилъ его требованіе [6]). Въ другомъ случаѣ въ приданое была дана корова; свекоръ обмѣнялъ ее на лошадь, оцѣненную въ 8 руб.; затѣмъ мужа сдаютъ въ солдаты и жена его требуетъ отъ свекра эти 8 руб.—судъ присудилъ ихъ „вмѣсто коровы" [7]). Въ третьемъ случаѣ по смерти жены мать ея потребовала отъ мужа, ея затя, приданыя деньги; мужъ сослался на то, что деньги эти израсходованы на содержаніе уже умершаго ребенка; судъ призналъ возраженіе основательнымъ и отказалъ матери въ искѣ [8]). Что касается *союза родителей и дѣтей*, то въ составъ его входятъ родители и дѣти въ обширномъ смыслѣ слова, т.-е. не только лица, происшедшія отъ законнаго брака, но и незаконнорожденныя [9]), не только лица, соединенныя кровными узами, но и усыновленныя. Юридическія отношенія всѣхъ ихъ къ родителямъ и ихъ родственникамъ совершенно одинаковы. Исключеніе составляютъ отношенія

---

[1]) 1878 г, № 57, дѣло Н. Матвѣевой.
[2]) 1872 г. № 31, дѣло М. Антоновой.
[3]) 1883 г. № 11, дѣло супруговъ Даниловыхъ.
[4]) 1876 г. № 13, дѣло супруговъ Григорьевыхъ.
[5]) 1885 г. № 28, дѣло супруговъ Дмитріевыхъ.
[6]) 1881 г. № 11, дѣло И. Новикова съ И. Матвѣевымъ.
[7]) 1872 г. № 26, дѣло М. Никитиной съ Я. Егоровымъ.
[8]) 1871 г. № 29, дѣло А. Силантьевой съ Д. Степановымъ.
[9]) 1865 г. № 2, дѣло Д. Захаровой съ И. Ивановой.

между усыновленными и дѣтьми усыновителя—они чужіе и могутъ между собою вступать въ бракъ [1]). *Личныя отношенія* заключаются, прежде всего, въ обязанности совмѣстной жизни. Эта обязанность находится въ связи съ хозяйственнымъ главенствомъ въ семьѣ. Выгонять изъ дома членовъ семьи не можетъ тотъ, кому принадлежитъ главенство надъ ними; если оно принадлежитъ отцу, то онъ не вправѣ выгнать и притѣснять (женатаго) сына [2]), если мачихѣ — падчерицу съ ея (хотя и незаконными) дѣтьми [3]). Обязанность эта переходитъ къ тѣмъ лицамъ, которыя по смерти родителей занимаютъ ихъ мѣсто; такъ пасынокъ не можетъ выгнать мачиху [4]), зять — свояченицу; хотя бы послѣдняя и получила по смерти отца кое-какія вещи: она можетъ жить съ зятемъ до выхода замужъ [5]). Споры, въ такихъ случаяхъ возникающіе, разрѣшаются судомъ. Такъ, отцу, желавшему выгнать сына, судъ предложилъ выдѣлить изъ своего имущества часть, причитающуюся на долю сына, по числу сыновей [6]); мачихѣ, выгнавшей падчерицу—перебраться въ другой домъ, а пасынку, выгнавшему мачиху—выдавать ей содержаніе натурою, если она пожелаетъ уѣхать отъ него. Съ другой стороны, сынъ, при главенствѣ отца, не можетъ бросить отчій домъ самовольно; судъ въ одномъ рѣшеніи дозволилъ такой уходъ лишь подъ условіемъ, чтобы сынъ давалъ отцу содержаніе натурою и платилъ за него подати [7]). Далѣе, родители имѣютъ право, какъ мы видѣли выше, отдавать неотдѣленныхъ дѣтей своихъ даже совершеннолѣтнихъ, въ наемъ и въ обученіе. Родители вправѣ требовать отъ дѣтей своихъ почтенія и уваженія: оскорбленіе, нанесенное дѣтьми родителямъ, строго наказывается—розгами—15 [8]), 20 [9]), даже, въ противность 102 ст. общ. полож. 25 [10]) ударами. Что касается *имущественныхъ отношеній*, то родители обязаны давать содержаніе своимъ несовершеннолѣтнимъ дѣтямъ; если послѣдніе воспитываются внѣ дома, то они должны платить за воспитаніе, не только въ силу лишь состоявшагося соглашенія [11]), но и въ силу самаго факта воспитанія ребенка у даннаго лица [12]). Съ другой стороны и дѣти должны давать содержаніе своимъ престарѣлымъ родителямъ, то есть выдавать имъ помѣсячно или опредѣленную сумму денегъ (съ четырехъ сыновей по 1 рубл. 50 к.) [13]), или натурою; въ двухъ случаяхъ судъ приказалъ выдавать муку и отопленіе [14]); въ третьемъ случаѣ—нанять квартиру или выдавать муку [15]). Повидимому въ этихъ случаяхъ родители и дѣти живутъ врознь. Въ одномъ рѣшеніи на сына даже возложено отдать матери избу, а самому выстроить другую и, кромѣ того, давать „законное про-

---

[1]) 1871 г. № 4, дѣло С. Андреева съ П. Герасимовой.

[2]) 1874 г. № 14, дѣло Г. Лаврентьева съ сыномъ.

[3]) 1865 г. № 2, дѣло Д. Захаровой съ М. Ивановой.

[4]) 1867 г. № 1, дѣло Игнатьевой съ Харламовой.

[5]) 1871 г. № 4, дѣло П. Герасимовой съ С. Андреевычъ.

[6]) 1878 г. № 13, дѣло А. Агафонова съ сыномъ.

[7]) 1875 г. № 13, дѣло Н. Ефимова съ сыномъ.

[8]) 1874 г. № 32, дѣло С. Силантьевой съ сыномъ.

[9]) 1872 г. № 18, дѣло Н. Кирилова съ сыномъ.

[10]) 1870 г. № 21, дѣло А. Калинина съ В. Андреевымъ.

[11]) 1870 г. № 23, дѣло В. Карпова съ В. Петровымъ.

[12]) 1868 г. № 6, дѣло Аверьянова съ Гавриловымъ; 1874 г. № 7, дѣло В. Карпова съ В. Ивановымъ.

[13]) 1874 г. № 13, 1878 г. № 26, дѣла Ѳ. Данилова съ сыновьями.

[14]) 1878 г. № 27, дѣло И. Тимофѣевой съ сыномъ; № 56, дѣло А. Галактіонова съ сыномъ.

[15]) 1868 г. № 12, дѣло И. Зуева съ сыномъ.

кормленіе" [1]). *Сноха*—одинъ изъ подчиненныхъ членовъ семьи, даже послѣ смерти сына, ея мужа, свекоръ долженъ обращаться съ нею порядочно: въ случаѣ нанесенія обидъ ей предоставляется право выдѣлиться [2]). *Зять* становится членомъ семьи лишь въ силу особаго соглашенія [3]), причемъ и онъ становится въ положеніе сына, т.-е. обязуется повиноваться тестю, какъ родному отцу; въ случаѣ неисполненія этой обязанности тесть можетъ уничтожить договоръ, то-есть удалить зятя изъ дома [4]). Касательно *опеки* имѣются весьма скудныя данныя. Назначается опекунъ, между прочимъ, и сельскимъ сходомъ, напр. въ случаѣ выдѣла изъ семьи снохи-вдовы съ дѣтьми надъ послѣдними назначается опекунъ [5]). Опекунъ, завѣдывая имуществомъ несовершеннолѣтняго: 1) долженъ охранять его отъ всякаго посторонняго посягательства, даже родственниковъ; такъ, былъ случай, что дядя опекаемаго самоуправно завладѣлъ ¼ гумна и частью двора; опекунъ жаловался суду и судъ рѣшилъ въ пользу опекаемаго [6]); 2) опекунъ долженъ выдавать опекаемой вдовѣ и дѣтямъ хозяйственные продукты сполна, или сразу, или извѣстную мѣру помѣсячно [7]). Затѣмъ, опекунъ имѣетъ право получить деньги принадлежащія опекаемому, если онѣ напр. отданы кому либо на сохраненіе [8]). Опекунъ, неисполняющій надлежащимъ образомъ своихъ обязанностей, устраняется: онъ долженъ сдать всѣ вещи въ цѣлости и если изъ нихъ что либо растрачено—долженъ возмѣстить деньгами; на его мѣсто назначается другой опекунъ [9]). Наконецъ, есть указаніе на родственную опеку, а именно: послѣ смерти обоихъ родителей, сироты отдаются родственникамъ (въ данномъ случаѣ двоюродному брату отца), хотя бы онъ жилъ въ другой деревнѣ, причемъ „имѣніе оставшееся должно поступить въ пользу (вѣрнѣе во владѣніе) тѣхъ лицъ, которыя пріютятъ сиротъ" [10]).

## V.

Наконецъ, переходимъ къ *наслѣдственному праву*. Сначала остановимся на *правѣ обычнаго наслѣдованія*. Основное начало его то, что къ наслѣдству призываются кровные родственники, супруги и пріемыши; въ 16 рѣшеніяхъ, касающихся права обычнаго наслѣдованія имѣются свѣдѣнія о 23 случаяхъ призванія къ наслѣдству, въ коихъ наслѣдники приходились наслѣдователю: дѣтьми — въ девяти случаяхъ, женою — въ пяти, родителями — въ двухъ, братьями—въ одномъ, снохою—въ одномъ, племянникомъ—въ одномъ, двоюроднымъ братомъ—въ одномъ, двоюроднымъ дядей—въ одномъ и зятемъ-пріемышемъ—въ одномъ. Ни о какомъ трудовомъ началѣ, якобы лежащемъ въ основѣ наслѣдованія, въ нашемъ матеріалѣ нѣтъ и слѣдовъ; если бы оно имѣло силу, то не былъ бы возможенъ такой случай: сынъ-солдатъ, возвратившись домой въ безсрочный отпускъ, не застаетъ отца въ живыхъ и находитъ имущество послѣдняго во владѣніи брата; онъ требуетъ свою половину;

---

1) 1878 г. № 43, дѣло Т. Ефимовой съ сыномъ.
2) 1880 г. № 2, дѣло О. Ивановой съ О. Ивановымъ.
3) 1871 г. № 4, дѣло С. Андреева съ П. Герасимовой.
4) 1870 г. № 6, дѣло В. Иванова съ Т. Степановымъ.
5) 1880 г. № 2, дѣло О. Ивановой съ О. Ивановымъ.
6) 1882 г. № 27, дѣло Д. Ефимова съ А. Никитинымъ.
7) 1870 г. № 2, дѣло А. Спиридонова съ Г. Семеновымъ.
8) 1875 г. № 26, дѣло А. Макарова съ В. Ермолаевымъ.
9) 1880 г. № 3, дѣло Т. Харитонова съ С. Феофановымъ.
10) 1876 г. № 1, дѣло П. Максимова съ крест. дер. Знаменской.

братъ не даетъ, дѣло доходитъ до суда и судъ рѣшаетъ въ его пользу [1]). Обращаясь къ порядку наслѣдованія, надо замѣтить, что ближайшее право наслѣдованія принадлежитъ дѣтямъ наслѣдователя [2]), причемъ замѣчается различіе между сыновьями и дочерьми. Хозяйство съ недвижимымъ имуществомъ переходитъ къ сыновьямъ, причемъ наслѣдуютъ они поровну [3]). Дочери получаютъ лишь движимое имущество и при братьяхъ дѣлятъ его поровну, причемъ, конечно, „постройки", т. е. изба и принадлежности земли, переходятъ къ братьямъ [4]). Когда сыновей родныхъ нѣтъ, то изба съ хозяйствомъ переходитъ къ зятю-пріемышу и на него возлагается обязанность жить вмѣстѣ съ сестрами жены, хотя бы онѣ получили долю изъ отцовскаго имѣнія [5]); если нѣтъ и зятя-пріемыша, изба съ хозяйствомъ переходитъ къ дочерямъ, причемъ, какъ это было въ одномъ случаѣ, одна изъ нихъ оставляетъ себѣ избу, а остальнымъ выплачиваетъ ихъ доли деньгами [6]). Если осталась одна дочь, то она и получаетъ наслѣдство сполна [7]). Сноха-вдова, неотдѣленная, находится на положеніи дочери и получаетъ наслѣдство, напр., поровну со вдовою-свекровью [8]). Что касается восходящихъ родственниковъ, то извѣстны лишь два случая: въ одномъ мать умершаго признана наслѣдницею рядомъ съ вдовою—онѣ получили поровну; несмотря на заявленіе вдовы, что она не имѣетъ средствъ къ пропитанію, судъ присудилъ въ пользу матери „ненужную мельницу" [9]). Въ другомъ случаѣ наслѣдникомъ былъ признанъ отецъ умершей въ приданомъ ея—оно вернулось къ нему „яко даръ" [10]). О правѣ наслѣдованія супруговъ имѣются лишь свѣдѣнія о правѣ вдовы; бездѣтной вдовѣ наслѣдникомъ мужа ея, напр., племянникомъ, выдѣляется часть движимости [11]), или выдается та или другая вещь, напр., образъ [12]); при дѣтяхъ вдова получаетъ наслѣдство вмѣстѣ съ ними, причемъ, въ случаѣ выхода замужъ, лишается своей части въ пользу дѣтей [13]); но иногда она наслѣдуетъ въ равной долѣ со снохою; такъ, въ одномъ случаѣ по смерти мужа вдова, недовольная полученіемъ старой избы, потребовала отъ снохи новую избу, указывая на то, что сноха не наслѣдница, ибо новая изба благопріобрѣтенная; сноха на это возразила, что на ремонтъ новой избы она израсходовала 15 р.; судъ присудилъ въ пользу снохи новую избу, а вдовѣ (свекрови)—старую, обязавъ сноху уплатить свекрови 15 руб. [14]). Обыкновенно вдова-сноха съ дѣтьми остается въ домѣ свекра и тогда, какъ мы видѣли, наслѣдуетъ ему; но ей предоставляется право (вслѣдствіе обидъ, ей нанесенныхъ) требовать при жизни свекра выдѣла ея части; въ томъ случаѣ, который мы имѣемъ въ виду, неизвѣстно по какой причинѣ судъ присудилъ въ ея пользу ¼ часть имѣнія свекра [15]). Что касается наслѣдованія въ боковыхъ линіяхъ, то извѣстны лишь

[1]) 1869 г. № 9, дѣло бр. Клементьевыхъ.

[2]) 1871 г. № 29, дѣло А. Силантьевой съ Д. Степановымъ.

[3]) 1869 г. № 9, дѣло бр. Клементьевыхъ.

[4]) 1873 г. № 41, дѣло бр. Никитиныхъ.

[5]) 1871 г. № 4, дѣло С. Андреева съ П. Герасимовой.

[6]) 1885 г. № 4, дѣло сестеръ Афанасьевыхъ.

[7]) 1875 г. № 26, дѣло А. Макарова съ В. Еремѣевымъ; 1879 г. № 5, дѣло Е. Осиповой съ А. Григорьевымъ.

[8]) 1880 г. № 39, дѣло А. Леонтьевой съ Т. Егоровой.

[9]) 1869 г. № 6, дѣло В. Харламовой съ М. Ульяновой.

[10]) 1881 г. № 11, дѣло И. Новикова съ И. Матвѣевымъ.

[11]) 1872 г. № 9, дѣло М. Кузьминой съ Т. Афанасьевымъ.

[12]) 1879 г. № 36, дѣло С. Яковлевой съ В. Андронниковымъ.

[13]) 1880 г. № 39, дѣло А. Леоновой съ Т. Егоровой.

[14]) 1880 г. № 39, дѣло А. Леоновой съ Т. Егоровой.

[15]) 1880 г. № 2, дѣло О. Ивановой съ О. Ивановымъ.

случаи наслѣдованія всего имущества (съ выдѣломъ вдовы) племянникомъ [1]) и братомъ [2]), а денегъ—двоюроднымъ дядею и племянникомъ поровну [3]). Наконецъ, замѣтимъ, что на наслѣдникѣ лежитъ обязанность уплачивать долги наслѣдодателя; такъ, въ одномъ дѣлѣ о наслѣдствѣ свидѣтельница заявила, что наслѣдователь жилъ въ послѣднее время передъ смертью у нея и задолжалъ 5 руб., судъ присудилъ эту сумму съ наслѣдника [4]). Имѣющіяся данныя *о духовныхъ завѣщаніяхъ* еще болѣе скудны, чѣмъ свѣдѣнія объ обычномъ наслѣдованіи. Изустныя памяти имѣютъ полную силу [5]): въ одномъ случаѣ воля умершаго была удостовѣрена сельскимъ старостою [6]), въ другомъ—братомъ завѣщателя [7]). Былъ одинъ случай, когда судъ отвергъ заявленіе истицы о правѣ ея на избу по „отказу", основываясь на неимѣніи письменнаго доказательства [8]). Замѣчательно, что изъ шести завѣщаній, съ которыми имѣлъ дѣло судъ, въ двухъ опредѣляются отношенія между пасынкомъ и падчерицею и ихъ мачихой: въ одномъ, какъ видно, завѣщатель опасался за участь своей дочери отъ перваго брака съ ея незаконными дѣтьми, во второмъ —за участь своей второй жены. Наконецъ, имѣются указанія на уничтоженіе завѣщанія; а именно, завѣщательница явилась въ судъ и заявила, что уничтожаетъ составленное ею духовное завѣщаніе [9]).

---

## IV.

## Семейное право современной Болгаріи.

По сборнику болгарскихъ юридическихъ обычаевъ С. С. Бобчева [10]).

Доставленный въ коммиссію „Сборникъ болгарскихъ юридическихъ обычаевъ отд. I семейное право С. С. Бобчева" представляетъ собою сводъ сырого матеріала, расположеннаго въ порядкѣ 50-ти вопросовъ, причемъ по каждому вопросу даны отвѣты изъ 12-ти мѣстностей, далеко не одинаковыхъ по территоріальнымъ границамъ: есть отдѣльные села и города, есть и обширныя области. Собирателями были разныя лица: священники, учителя и т. п. Съ одной стороны это послѣднее обстоятельство, а съ другой оставляющіе весьма многаго желать вопросные пункты—придали матеріалу характеръ преимущественно этнографическій; элементъ юридическій стоитъ на второмъ планѣ; обыкновенія рѣшительно преобладаютъ надъ юридическими обычаями.

---

[1]) 1872 г. № 9, дѣло М. Кузьминой съ Т. Афанасьевымъ.

[2]) 1885 г. № 13, дѣло М. Осипова съ А. Александровымъ.

[3]) 1887 г. № 35, дѣло К. Лаврентьева съ Я. Никитинымъ.

[4]) 1885 г. № 4, дѣло сестеръ Афанасьевыхъ.

[5]) 1871 г. № 9, дѣло У. Агафонова съ А. Степановой; 1882 г. № 15, дѣло В. Васильева съ Е. Ивановымъ.

[6]) 1865 г. № 2, дѣло Захаровой съ Ивановой.

[7]) 1867 г. № 1, дѣло Ф. Игнатьева съ Харитоновой.

[8]) 1885 г. № 4, дѣло сестеръ Афанасьевыхъ.

[9]) 1867 г. № 5, дѣло В. Степановой.

[10]) Докладъ, читанный въ коммиссіи для собиранія юридич. обычаевъ, состоящей при отдѣлѣ этнографіи Имп. русск. географ. общества, въ засѣданіи 30 ноября 1890 г.

Тѣмъ не менѣе въ „Сборникѣ“ имѣются весьма цѣнныя и интересныя данныя, по которымъ можно себѣ составить довольно ясное представленіе о семейномъ строѣ современной Болгаріи.

## I. Общій характеръ семейнаго строя.

Современная болгарская семья мало чѣмъ отличается отъ великорусской. Того, что̀ мы привыкли считать характерной чертою южно-славянскаго семейнаго быта, начала задружнаго—мы въ ней не находимъ и слѣда. Даже самаго названія „задруги“ собиратели обычаевъ не употребляютъ; говорятъ они о большой и малой семьяхъ, но отнюдь не въ смыслѣ противоположенія задруги-инокоснѣ, а только лишь въ смыслѣ численнаго состава семьи, т.-е. входятъ ли въ нее родители съ дѣтьми или же родители, женатые сыновья и внучата. Юридическаго различія между большимъ и малымъ „домакинствами“ никакого нѣтъ; это видно изъ того, что обычное право тѣхъ мѣстностей (напр. села Добричь) гдѣ въ большинствѣ живутъ большими семьями, ничѣмъ не отличаются отъ обычнаго права тѣхъ мѣстностей (напр. села Копривщицы), гдѣ живутъ исключительно малыми семьями. Юридическое различіе до нѣкоторой степени сказывается въ семьяхъ, гдѣ главенство принадлежитъ отцу и гдѣ оно присвоено другимъ членамъ семьи. Безграничная власть домакина въ первой изъ этихъ формъ и ограниченная во второй кладутъ свой отпечатокъ на весь семейный строй; такъ что скорѣе можно говорить объ этихъ двухъ формахъ, чѣмъ о задругѣ и инокоснѣ. Съ другой стороны различіе городской и сельской жизни тоже до нѣкоторой степени отражается на обычномъ семейномъ правѣ; но и это различіе не такъ существенно, какъ это рисуется нѣкоторыми изслѣдователями южно-славянскаго быта. Если разъ въ сельской семьѣ мы не замѣчаемъ проявленія задружнаго начала, то этимъ зарываемъ ту пропасть, которая отдѣляетъ сельскую семью отъ городской. Но если между этими формами семьи и не лежитъ пропасть, то нельзя отрицать нѣкоторыхъ, не особенно существенныхъ частныхъ чертъ, присущихъ той или другой изъ этихъ формъ. На нихъ будетъ указано ниже.

Для характеристики современной болгарской семьи важно вышеуказанное различіе между семьею при главенствѣ отца и при главенствѣ другихъ членовъ семьи. И въ той и въ другой формѣ семьи мы видимъ *союзъ кровныхъ родственниковъ*: отца, дѣтей, братьевъ и сестеръ, внуковъ и женъ мужскихъ членовъ семьи; это коренные члены семьи; кромѣ ихъ имѣются и случайные: усыновленные, полуусыновленные, зятья; работники и работницы въ составъ семьи не входятъ, развѣ бы сынъ привелъ въ домъ невѣсту, похищенную изъ родительскаго дома — ей на время отводится, хотя она и работница, положеніе члена семьи. Этотъ родственный союзъ характеризуется двумя чертами: 1) главенствомъ одного изъ членовъ и 2) хозяйственною общностью. Но та и другая черта проявляются различно, смотря по тому, кто стоитъ во главѣ семьи—отецъ или другое лицо.

1) *Семья при главенствѣ отца.* Главенство отца-домакина природное—онъ полновластный распорядитель дома; дѣти находятся въ полномъ его подчиненіи. Собиратели обычаевъ, однако, указываютъ, что иногда отецъ, по болѣе важнымъ хозяйственнымъ и семейнымъ дѣламъ, совѣщается съ взрослыми сыновьями, но совѣщаніямъ этимъ, происходящимъ то за обѣдомъ, то послѣ обѣда, конечно юридическаго значенія придавать нельзя; если отецъ, какъ это неоднократно указывается, имѣетъ право выгнать сына изъ дома, не давъ ему ничего, и лишить его наслѣдства, то и совѣщаніямъ этимъ не можетъ быть придано юридическаго значенія. Объ этихъ совѣщаніяхъ нѣкоторые изъ собирателей говорятъ такимъ тономъ, какъ будто бы ими лишь удовлетворяются претензіи взрослыхъ

дѣтей на право голоса въ семейныхъ дѣлахъ (г. Кожухаровъ). Наконецъ, иногда о нихъ упоминается, въ смыслѣ ихъ необходимости, безъ указанія на то, необходимы ли они при главенствѣ отца или другаго члена семьи, но такъ какъ объ этомъ говорится рядомъ съ указаніемъ на безграничное право домакина-отца, то и упоминаніе объ этихъ совѣщаніяхъ касается семействъ, живущихъ при главенствѣ не отца, а другаго члена семьи. Одинъ изъ собирателей обычаевъ (г. Захаріевъ) прямо говоритъ, что хотя семейные совѣты и собираются, но домакинъ поступаетъ, какъ ему заблагоразсудится; вѣдь онъ на то и домакинъ, чтобы дѣлать по своему усмотрѣнію (г. Бобчевъ); указывается далѣе (г. Константиновъ) на то, что на совѣтахъ этихъ голосъ имѣетъ лишь домохозяинъ и его жена, другіе только присутствуютъ. Прекращается власть отца 1) смертью его, 2) сумасшествіемъ, 3) безвѣстнымъ отсутствіемъ, 4) совершенною дряхлостью; въ этомъ случаѣ отецъ остается въ домѣ сына, къ которому перешла его власть; тотъ обязанъ его содержать, причемъ, въ противномъ случаѣ, изгоняется самъ изъ дома и уступаетъ свое мѣсто другому быть можетъ постороннему лицу, усыновляемому отцемъ; 5) отреченіемъ; отецъ можетъ во всякое время передать сыну свою власть, причемъ, по замѣчанію г. Бобчева, въ этомъ случаѣ „за отцемъ сохраняется почетный титулъ домакина и права верховнаго надзора" и 6) преступленіемъ (убійство, разбой и т. п.); къ сожалѣнію не выяснено, теряется ли власть при совершеніи преступленія безвозвратно, или по отбытіи наказанія она возвращается.—Кромѣ этихъ основаній прекращенія главенства, другихъ не допускается и въ частности объ устраненіи отца семейнымъ совѣтомъ категорически заявляется, что никто устранить его не можетъ. Если поведеніе его не нравится членамъ семьи, то недовольные выдѣляются. Только г. Богишичъ заявляетъ, что въ селѣ Лисковцѣ отецъ-домакинъ можетъ быть устраненъ за пьянство и безчестные поступки (?).

б) Что касается *хозяйственной общности* семьи этой формы, то она выражается лишь въ томъ, что всѣ члены семьи трудятся на пользу общаго хозяйства — все приносятъ въ семью на ея нужды. Юридически говоря, собственникомъ имущества, на которомъ зиждется все хозяйство является отецъ; частная собственность отдѣльныхъ членовъ семьи — это случайный придатокъ къ коренному имуществу отца-домакина. Хозяйственная общность особенно рѣзко сказывается въ бѣдныхъ семьяхъ; тамъ весь заработокъ поступаетъ въ общую кассу; такъ, напр., присвоеніе заработка самимъ заработавшимъ иногда почитается злоупотребленіемъ (г. Русески). Женатые члены семьи, уходившіе на заработки, по возвращеніи должны внести заработанное „въ общій кошелекъ", ибо въ ихъ отсутствіе жена и дѣти кормились отъ него; членъ семьи, бывшій въ долгой отлучкѣ, входитъ снова въ ея составъ, внеся въ нее все заработанное имъ. Члены богатыхъ семей имѣютъ нерѣдко отдѣльную недвижимую собственность, жены—свое приданое, другіе члены семьи—имущество, полученное исключительно ими по наслѣдству или другимъ основаніямъ. Но все это находится въ завѣдываніи домакина. Въ богатыхъ семьяхъ признается довольно широко имущественная самостоятельность отдѣльныхъ членовъ семьи; заработокъ поступаетъ въ пользу заработавшаго. Рядомъ съ проявленіемъ хозяйственной общности обнаруживается явное стремленіе членовъ семьи къ выдѣлу. Противъ воли отца выдѣлъ этотъ невозможенъ; возможно образованіе отдѣльнаго домакинства на собственныя средства, но народъ относится къ этому неодобрительно. Иное дѣло выдѣлъ съ согласія отца. Многіе изъ собирателей обычаевъ объясняютъ стремленіе дѣтей къ образованію отдѣльнаго хозяйства—ссорами, виновницами коихъ являются женщины, или иноземнымъ вліяніемъ; но я думаю, что не это главная причина, а скорѣе сознаніе всякимъ отцемъ семейства того, что жить своимъ хозяйствомъ и быть домакиномъ-отцемъ лучше, чѣмъ входить въ

составъ большой семьи. Это сознаніе проявляется весьма сильно въ достаточныхъ семьяхъ; тамъ отецъ заботится о томъ, чтобы для своихъ дѣтей образовать отдѣльное имущество, какъ основу ихъ будущаго отдѣльнаго хозяйства. Заработки дѣтей копятся, не расходуются (развѣ только въ крайнемъ случаѣ); они приготовляютъ себѣ различную утварь на собственныя средства, приберегаютъ деньги имъ подаренныя; самъ отецъ, къ празднику, даритъ имъ не только деньги, но и ягнятъ, козлятъ и т. п. Все это—фундаментъ для будущаго хозяйства. И дѣйствительно, выдѣлы эти обращены въ обыкновенное явленіе—весьма часто первый, женившійся сынъ остается въ домѣ отца, до женитьбы слѣдующаго, а еще чаще, женясь, выдѣляется.

2) *Семья при главенствѣ матери.* а) При несовершеннолѣтнихъ дѣтяхъ главенство всегда переходитъ ко вдовѣ; сохраняетъ она его за собою до совершеннолѣтія одного изъ сыновей, къ которому оно и переходитъ; теряетъ она его вслѣдствіе выхода замужъ. Это послѣднее заявленіе сдѣлано въ общей формѣ безъ указанія: кто же становится домакиномъ? Надо полагать, что главенство переходитъ къ опекуну, который, обыкновенно, назначается къ дѣтямъ, въ случаѣ вступленія матери въ новый бракъ. Имѣется и другое заявленіе, что главенство, при вступленіи матери въ новый бракъ, переходитъ ко второму мужу и вѣроятно продолжается до совершеннолѣтія сына; надо полагать, что, въ виду неодобрительнаго отношенія народа ко вторымъ бракамъ вдовъ, имѣющихъ малыхъ дѣтей, въ указанномъ случаѣ, община смотритъ на втораго мужа, какъ на лицо, достойное быть только опекуномъ. Что касается главенства матери при совершеннолѣтнихъ дѣтяхъ, то, въ тѣхъ случаяхъ, когда оно принадлежитъ ей по завѣту умершаго домакина, лишиться она его не можетъ иначе, какъ по добровольной передачѣ старшему сыну; если же она стала домакиной по обычаю, то по вступленіи дѣтей въ совершеннолѣтіе сохраняетъ за собой главенство, если дѣти на это согласны, а слѣдовательно, она можетъ быть ими и устранена. Главенство матери, разъ переданное ею старшему сыну, можетъ къ ней возвратиться; если сынъ женится и такимъ образомъ основываетъ отдѣльное хозяйство, а остальные члены несовершеннолѣтніе, то мать становится снова домакиной.

Что касается б) *хозяйственной общности*, то она, конечно, проявляется въ этой формѣ семьи такъ же, какъ и въ предшествующей, причемъ рельефнѣе выступаетъ въ тѣхъ случаяхъ, когда дѣти домакины совершеннолѣтни—при несовершеннолѣтіи ихъ, хозяйственный строй носитъ болѣе временной характеръ.

3) *Семья при главенствѣ родственника домакина.* а) *Главенство.* Послѣ смерти отца или по оставленіи имъ главенства когда въ семьѣ имѣется совершеннолѣтній членъ, главенство переходитъ къ нему; таковымъ преемникомъ его всего чаще бываетъ сынъ, затѣмъ старшій братъ, а въ крайнемъ случаѣ дочь, хотя бы она была дѣвицей. О главенствѣ старшей дочери имѣется весьма мало свѣдѣній—извѣстно лишь, что она становится домакиной, когда матери нѣтъ или она неспособна и остальные члены семьи малолѣтни. Скудны свѣдѣнія и о главенствѣ старшаго брата-домакина, но, очевидно, положеніе его ничѣмъ не отличается отъ положенія старшаго сына. Что касается главенства сына, то оно установляется: а) распоряженіемъ самого домакина, причемъ онъ вправѣ выбрать любаго изъ сыновей; нерѣдко отецъ даже съ малыхъ лѣтъ пріучаетъ одного изъ сыновей къ веденію хозяйства, предназначивъ его въ свои преемники; если мать домакина, то, отказавшись отъ домакинства, она передаетъ его старшему или способнѣйшему изъ сыновей; б) въ силу обычая—послѣ смерти отца домакиномъ становится старшій сынъ, а послѣ его смерти—слѣдующій; в) избраніемъ всѣми совершеннолѣтними членами семьи способнѣйшаго къ домакинству, хотя бы онъ не былъ женатъ; нерѣдко при избраніи возникаютъ ссоры, которыя оканчиваются

раздѣломъ или выдѣломъ недовольныхъ; указываютъ на одинъ случай узурпаціи домакинства—кто-нибудь изъ членовъ семьи присвоитъ себѣ право и, будучи способнѣе и разумнѣе другихъ, руководитъ хозяйствомъ (г. Оджаковъ). Главенство родственника домакина—характера хозяйственнаго: о власти его можно говорить лишь по отношенію къ несовершеннолѣтнимъ—среди совершеннолѣтнихъ онъ равный; онъ представитель семьи, но не самостоятельный ея глава—его власть ограниченна. Тутъ-то имѣютъ значеніе совѣщанія или совѣты семейные: когда домакинъ не отецъ, то онъ долженъ совѣщаться съ членами семьи (г. Тулаковъ). Полная зависимость домакина отъ семейнаго совѣта вполнѣ очевидна изъ того, что онъ можетъ быть во всякое время совѣтомъ этимъ устраненъ. Прекращается домакинство: а) смертью домакина, причемъ власть переходитъ къ другому старшему члену; если жило нѣсколько совершеннолѣтнихъ братьевъ съ семьями, то главенство переходитъ къ старшему брату, а не къ сыну домакина; если же умершій жилъ при несовершеннолѣтнихъ братьяхъ или племянникахъ, то—къ племяннику или къ старшей женщинѣ: сестрѣ, женѣ, матери; б) отказомъ отъ главенства; надо полагать, что случаи эти рѣдки и не всегда влекутъ за собою потерю главенства; описывается случай, когда домакинъ отказался отъ власти, но при содѣйствіи общины его удалось склонить къ взятію своего рѣшенія обратно (г. Русески); в) устраненіемъ домакина остальными членами семьи; заявленія собирателей обычаевъ въ этомъ пунктѣ категоричны: домакинъ не-отецъ можетъ быть устраненъ „за разные поступки и неспособность“ и тогда на его мѣсто избирается новый (г. Кожухаровъ). Наконецъ надо замѣтить, что иногда въ семьѣ бываютъ два домакина: одинъ завѣдываетъ внутренними, другой внѣшними дѣлами, т.-е. одинъ занимается домашними работами, всѣми дѣлами на поляхъ, виноградникахъ и т. п., другой продаетъ и покупаетъ, сносится съ властями, платитъ подати (г. Шапкаревъ). б) *Хозяйственная общность*. Хозяйственная общность въ этой формѣ семьи проявляется нѣсколько иначе: она распространяется на все семейное имущество. Когда послѣ смерти отца-домакина не происходитъ реальнаго раздѣла имущества, то все наслѣдственное имущество остается въ общемъ владѣніи на правѣ собственности мужскихъ членовъ семьи; дочери умершаго отца-домакина могутъ имѣть и свою движимость и недвижимость, имъ, напр., отцемъ подаренную или завѣщанную, но имѣть законную долю въ отцовскомъ имѣніи не могутъ (г. Косевъ); домакинъ-не-отецъ обязанъ лишь дать дѣвушкѣ приданое, которое состоитъ изъ движимыхъ вещей; еслибы она имѣла права и на недвижимость, то по выдачѣ ея замужъ доля ея выдѣлилась бы—чего ни однимъ изъ собирателей обычаевъ не утверждается. Иное дѣло, когда всѣ члены семьи, оставшіеся послѣ домакина, женскаго пола; тогда права членовъ семьи тѣ-же, какъ и у мужчинъ; надо полагать, что въ этомъ случаѣ входятъ въ домъ „зятья на приводъ“, по нашему зятья-влазени; такимъ путемъ семья обращается снова въ свою типичную форму.

## II. Брачный союзъ.

Общій характеръ брачнаго союза—несомнѣнно нравственный; хотя родители принимаютъ дѣятельное участіе при совершеніи брака и иногда одинъ ихъ голосъ имѣетъ значеніе, хотя въ селахъ принимаются въ соображеніе физическія качества невѣсты какъ работницы, хотя свадебные обряды и носятъ печать торжественной покупки, но тѣмъ не менѣе утверждать, что бракъ въ современной Болгаріи есть сдѣлка, при которой невѣста имѣетъ вещное значеніе—сдѣлка, заключенная между родителями, и что взаимное влеченіе и душевныя качества не имѣютъ значенія, скажу болѣе, стоятъ на второмъ планѣ,—нельзя.

1) *Условія вступленія въ бракъ* суть: а) *Брачное совершеннолѣтіе.* Опредѣляется оно правилами православной церкви и правила обычныя въ этомъ дѣлѣ не суть обычно-правовыя, ибо не имѣютъ обязательнаго, юридическаго значенія въ случаѣ противорѣчія ихъ правиламъ каноническимъ. Выработались нѣкоторыя обычныя правила касательно отношеній между возрастами брачущихся и послѣдовательности, въ которой вступаютъ въ бракъ члены одной семьи. По обоимъ этимъ вопросамъ сказывается различіе между семьей городской и сельской. Въ первой обыкновенно женихъ старше невѣсты, въ сельской же семьѣ наоборотъ—почти всегда невѣста старше жениха; выставляются двѣ причины этого обстоятельства: 1) родители невѣсты, желая подольше пользоваться лишнею работницей, долго держатъ ее дома и 2) родители жениха, желая скорѣе пріобрѣсти лишнюю работницу, торопятся женить своихъ сыновей. Что касается порядка вступленія въ бракъ членовъ семьи, то въ городскихъ замѣчается, что братья сначала выдаютъ замужъ своихъ сестеръ, а ужъ потомъ сами женятся; въ семьяхъ же сельскихъ наоборотъ, сначала женятся сами сыновья, а затѣмъ уже выходятъ замужъ дочери. Члены семьи одного пола вступаютъ въ бракъ по старшинству, причемъ отступленіе отъ этого правила дѣлается лишь съ разрѣшенія старшаго, даваемаго „передъ людьми". б) *Отсутствіе родства.* Съ этой стороны надо различать родство по крови, сватовству, кумовству, побратимству, молоку и усыновленію. аа) *Родство по крови.* Насколько оно служитъ препятствіемъ ко вступленію въ бракъ, въ народѣ существуютъ различныя воззрѣнія; въ однихъ мѣстностяхъ препятствіемъ служитъ даже самое дальнее родство, въ другихъ—до 8 степени, въ третьихъ—до 7-ой; но нарушенія этой строгости за послѣднее время встрѣчаются все чаще и чаще, благодаря деморализаціи духовенства. бб) *Родство по сватовству* (свойство). Въ тѣхъ случаяхъ, когда указывается на степень родства кровнаго, мѣшающаго вступленію въ бракъ, свойство является таковымъ обстоятельствомъ одною степенью ниже. вв) *Родство по кумовству* (родство духовное, по Св. Іоанну). Какъ общее непоколебимое правило можно выставить, что не возможенъ бракъ не только между воспринятымъ и дѣтьми воспріемника, но и между лицами, имѣющими одного, общаго крестнаго отца; состоявшаяся помолвка разстраивается, если обнаружится духовное родство между помолвленными; въ нѣкоторыхъ мѣстахъ препятствіемъ къ браку признается духовное родство даже до 4 и 5 степени (г. Русески). Мало того, почитаются дѣтьми по купели и такія лица, которыя крещены въ одной купели и въ той же водѣ (иногда это называется побратимствомъ); такое родство мѣшаетъ браку между этими лицами; этимъ и объясняется обычай выливать воду изъ купели, когда послѣ мальчика приходится крестить дѣвочку или наоборотъ (г. Бобчевъ). гг) *Родство по побратимству.* Съ одной стороны имѣются заявленія, что родство по побратимству не препятствуетъ заключенію брака, но съ другой стороны сообщается разсказъ о томъ, какъ священникъ, совершая чинъ братотворенія, сказалъ побратимамъ: „вы не должны забывать, что когда вы женитесь, и будете подарены Богомъ чадами, то не должны допустить ихъ до брака между собою, такъ какъ они будутъ родственниками, а подобный бракъ запрещается закономъ"; затѣмъ священникъ, взявъ книгу, въ которой описанъ обрядъ братотворенія, прочелъ, что объ этомъ сказано въ законѣ и по своему объяснилъ прочитанное (г. Русески). Надо полагать, что указанное значеніе побратимства — плодъ фантазіи священника, ибо изъ книги, „гдѣ описанъ обрядъ братотворенія", т. е. Номоканона, нельзя вывести, что родство по побратимству препятствуетъ браку (Неволинъ, Соч. т. 3, стр. 191). дд) *Родство по молоку.* Встрѣчается указаніе на одинъ старый обычай, по которому младенецъ, выкормленный грудью матери, передается на кормленіе на нѣсколько дней другой женщинѣ, которая и считается второю его матерью; называется

такой младенецъ по отношенію къ послѣдней—хранеником или храненицей. Но храненикомъ называется и усыновленный, что наводитъ на мысль о тождественности этихъ двухъ институтовъ. Но это опровергается слѣдующимъ образомъ: 1) въ одной пѣснѣ говорится:

Чужое дитя не усыновляй,
Храненика въ домъ не принимай,—

изъ чего видно то различіе между усыновленіемъ и вскормленіемъ, что храненикъ можетъ и не быть взятъ въ домъ; 2) храненикъ, принятый въ домъ безъ обряда усыновленія, не считается сыномъ; 3) онъ не имѣетъ права наслѣдованія хотя-бы и былъ принятъ въ домъ; 4) онъ можетъ вступить въ бракъ съ молочными своими братьями и сестрами, а усыновленный, по весьма распространенному обычаю, не можетъ; хотя имѣется и противоположное правило: хранeнику запрещается бракъ съ молочными братьями и сестрами, но при этомъ, въ одномъ случаѣ, дѣлается оговорка: „если надъ нимъ не была прочитана молитва"; это правило указываетъ на смѣшеніе понятій и что тутъ рѣчь идетъ не о храненикѣ, а объ усыновленномъ,—когда надъ храненикомъ прочитана молитва, онъ уже болѣе не храненикъ, а усыновленный. Несмотря на это различіе, присвоеніе усыновленному названія храненика объясняется тѣмъ, что 1) мотивомъ созданія института храненикoвъ было намѣтить лицо, которое въ случаѣ осиротѣнія младенца усыновило бы его — это кандидатура на усыновленіе, и 2) что въ большинствѣ случаевъ усыновленный въ то-же время и храненикъ усыновительницы или жены усыновителя. Упоминаемъ мы здѣсь, говоря о препятствіяхъ къ браку, о храненикахъ потому, что у Ахрянъ, т. е. у отуреченныхъ болгаръ не только соблюдается „старинный болгарскій обычай" вскармливать чужого ребенка, но и влечетъ за собою часто юридическія послѣдствія; бракъ между храненикомъ или храненицей и ихъ молочными сестрою или братомъ, т. е. дѣтьми ихъ второй матери, запрещенъ. Существованіе у Ахрянъ этого обычая съ его послѣдствіями еще подлежитъ объясненію: если это дѣйствительно старый болгарскій обычай, то сохраненіе его слѣдуетъ приписать поразительной его крѣпости которую не могло сокрушить турецкое вліяніе. Но можетъ быть это турецкій обычай? — тогда и существованіе его объясняется турецкимъ вліяніемъ. ее) *Родство по усыновленію.* Весьма распространено правило, по которому усыновленный не можетъ вступить въ бракъ съ дѣтьми усыновителя, причемъ въ нѣкоторыхъ мѣстахъ дѣлается различіе, была ли прочитана молитва или нѣтъ; въ первомъ случаѣ усыновленіе является препятствіемъ къ браку. Такой взглядъ на значеніе усыновленія для брака поддерживается духовенствомъ даже въ тѣхъ случаяхъ, когда сама жизнь этому противодѣйствуетъ; такъ, не разъ указывается на случаи отказа священниковъ совершить обрядъ усыновленія съ цѣлью принять парня въ домъ и женить на дочери усыновителя; послѣднему предлагается: или усыновить, или женить на дочери, ибо и то и другое вмѣстѣ невозможно. в) *Отсутствіе принужденія.* Принужденіе ко вступленію въ бракъ можетъ исходить или отъ родителей, или отъ жениха, или отъ общины. Что касается перваго, то по отношенію къ сыновьямъ оно проявляется очень рѣдко, хотя и имѣются указанія на случаи, когда отецъ принуждаетъ сына вступить въ бракъ съ данной дѣвушкой; неисполненіе этого требованія вызываетъ то юридическое послѣдствіе, что сынъ или изгоняется изъ дома, или лишается наслѣдства, или при прижизненномъ раздѣлѣ лишается своей доли; при этомъ собиратель обычаевъ дѣлаетъ интересное указаніе на то, что послѣ смерти отца по жалобѣ обдѣленнаго сына происходитъ передѣлъ; изъ чего видно, что такое лишеніе доли за непослушаніе признается несправедливымъ, чѣмъ и подтверждается взглядъ на бракъ, какъ союзъ вполнѣ добровольный. Съ другой стороны, принужденіе, исхо-

дящее отъ жениха, можетъ выразиться въ формѣ кражи невѣсты и вѣнчанія противъ ея воли. Случаи кражи невѣсты отъ родителей съ ея согласія, какъ увидимъ, весьма часты, но они сюда не относятся; здѣсь мы имѣемъ въ виду случаи кражи невѣсты противъ ея согласія. Когда-то обычай этотъ былъ весьма распространенъ; подкарауливаетъ парень дѣвицу и силою тащитъ ее въ церковь или цѣлая дружина побратимовъ нападутъ на дѣвушку, тащатъ ее въ лѣсъ и держатъ ее до тѣхъ поръ пока она не согласится на бракъ; затѣмъ ведутъ въ домъ жениха, послѣдній шлетъ за священникомъ и велитъ себя вѣнчать (г. Д. Кожухаровъ). Теперь священники отказываются вѣнчать при такихъ условіяхъ и виновные преслѣдуются судомъ. Наконецъ собиратели обычаевъ указываютъ на случай, когда община принудила одного изъ своихъ членовъ вступить въ бракъ — онъ лишилъ невинности свою невѣсту и его силою обвѣнчали (г. Захаріевъ). г) *Согласіе родителей.* Сознаніе необходимости этого условія, хотя и имѣется, но отступленія отъ него въ особенности по отношенію къ невѣстѣ — явленіе обычное, благодаря распространенности браковъ, заключаемыхъ убѣгомъ. Причины предпочтенія этой формы заключенія браковъ другимъ таковы, что она не можетъ не быть распространенною. Заключаются они въ слѣдующемъ: 1) обычай выдавать дѣвушекъ замужъ уже въ зрѣломъ возрастѣ; это заставляетъ ее заботиться о своей судьбѣ и бѣжать съ женихомъ отъ родителей, нежелающихъ терять работницу; 2) желаніе родителей жениха избавиться отъ выдачи родителямъ невѣсты обычной платы — агарлыка. Иногда убѣгъ обставляется очень просто: дѣвушка забираетъ свои пожитки и въ отсутствіе родителей уходитъ съ женихомъ въ его домъ, но иногда убѣгу предается видъ кражи или вѣрнѣе грабежа съ согласія невѣсты: — вооруженная дружина нападаетъ на домъ родителей невѣсты. Такое нападеніе иногда сопровождается кровопролитіемъ. Бѣжавшая привозится въ домъ жениха, но остаться она тамъ можетъ лишь съ согласія его родителей; при этомъ, однако, она, входя въ домъ жениха, не спрашиваетъ о желаніи хозяевъ принять ее, а въ большинствѣ случаевъ принимается мѣшать уголья въ печкѣ, а иногда сѣять муку и мѣсить тѣсто; если ей въ этомъ не мѣшаютъ, значитъ согласны ее принять, въ противномъ случаѣ — отказываются; остается она въ домѣ до вѣнчанія на положеніи работницы, въ случаѣ-же отказа отъ принятія ея, родные жениха подвергаются штрафу. Дѣвушка, бѣжавшая изъ родительскаго дома подлежитъ наказанію въ формѣ лишенія приданаго. Не рѣдки также случаи, когда побѣгъ совершается съ согласія родителей невѣсты, во избѣжаніе расходовъ на свадьбу. Что касается браковъ, совершенныхъ безъ согласія родителей жениха, то хотя они и бываютъ, но влекутъ за собою тѣ-же послѣдствія, какъ ослушаніе приказа родителя жениться на избранной имъ дѣвушкѣ.

2) *Соглашеніе о вступленіи въ бракъ.* Соглашеніе это имѣетъ интересъ для юриста, какъ актъ, налагающій извѣстныя обязанности и порождающій права относительно лицъ, принимающихъ въ немъ то или другое участіе. Для того, чтобы рѣшить, наступали или не наступали эти послѣдствія, надо знать, когда этотъ актъ считается состоявшимся? Если бракъ заключается убѣгомъ, то сговора, какъ особаго обряда, нѣтъ и соглашеніе въ которомъ участвуютъ родители жениха и сама невѣста, считается состоявшимся съ того момента, когда послѣдовало первое такъ или иначе одобренное вмѣшательство невѣсты въ ихъ хозяйственныя дѣла, т.-е. сѣяніе муки и печеніе хлѣба или мѣшаніе углей въ печи. Хотя неодобреніе этихъ дѣйствій т.-е. отказъ отъ принятія невѣсты въ домъ и имѣетъ юридическія послѣдствія, а именно: наложеніе штрафа, но это не въ силу неисполненія обязанности вытекающей изъ соглашенія, а въ силу оскорбленія, нанесеннаго невѣстѣ, оскорбленія, которое смывается только пріемомъ въ домъ. Что касается сговора или годежа, то по обрядамъ онъ раздѣляется на малый и большой;

первый—предварительные переговоры между сватами какъ представителями жениха и отца его, и между родителями невѣсты; второй—окончательное соглашеніе между родными жениха и невѣсты; первый происходитъ очень скромно, второй—торжественно. Юридическое различіе между этими двумя стадіями соглашенія едва ли можно провести: тѣ сдѣлки имущественнаго свойства, которыя служатъ внѣшнимъ выраженіемъ и скрѣпленіемъ соглашенія о бракѣ, совершаются какъ при маломъ, такъ и при большомъ годежѣ. Можно лишь съ нѣкоторою вѣроятностью сказать, что если при маломъ годежѣ сдѣлки эти не были совершены, то соглашеніе о бракѣ признается не состоявшимся; но если разъ эти сдѣлки были совершены при маломъ или большомъ гидежѣ, то и сговоръ считается состоявшимся или, какъ выражаются собиратели обычаевъ, „парень и дѣвушка считаются женихомъ и невѣстой". Что касается самихъ сдѣлокъ, то не говоря уже о всевозможныхъ подаркахъ съ обѣихъ сторонъ, лишенныхъ символическаго характера, при годежѣ мы видимъ совершеніе сдѣлокъ двоякаго рода: одна представляетъ собою какъ бы задатокъ называемый иногда собирателями обычаевъ „залогомъ" но не въ смыслѣ Angeld или Reugeld, а въ смыслѣ argumentum, т.-е. признака, что актъ состоялся; при маломъ годежѣ сваты, при большомъ родители жениха даютъ деньги родителямъ невѣсты или самой невѣстѣ; но этотъ „нишанъ" или „аманетъ" не есть выкупъ, а такая выдача, которая даетъ право требовать эквивалента: и невѣста даетъ жениху, при полученіи „аманета" или послѣ того, цѣнные подарки или деньги, называемыя также аманетомъ; потому то вся сдѣлка и называется иногда „мѣною". Вторая сдѣлка тоже заключается въ дачѣ денегъ родителямъ невѣсты, но въ основѣ ея лежитъ другая идея; это—„баба-хакка" или „ахырликъ"; идея его выкупъ, покупка; это въ буквальномъ переводѣ съ турецкаго „право отца" требовать денегъ за дочь; баба-хакки, какъ видно, дается только при большомъ годежѣ; при маломъ же происходятъ иногда переговоры о размѣрѣ „баба-хакки". Я кажется, не ошибусь, сказавъ, что „мѣна" обычай болгарскій, а „баба-хакки" турецкій, причемъ въ настоящее время послѣдній уже исчезаетъ, а гдѣ онъ сохранился, тамъ далеко не вытѣснилъ собою мѣну. Сообщается о такомъ характерномъ случаѣ: отецъ жениха вручаетъ отцу невѣсты „баба-хакки" въ условленномъ заранѣе размѣрѣ; отецъ невѣсты сейчасъ же передаетъ деньги своей дочери и предлагаетъ отцу жениха обѣщать еще „мѣну" для его дочери, т.-е. напоминаетъ, что отдѣлаться исполненіемъ турецкаго обычая онъ не можетъ, а долженъ выполнить и болгарскій (г. Шапкаревъ). Изъ имѣющихся свѣдѣній о „баба-хаккѣ" можно заключить, что 1) тамъ, гдѣ этотъ обычай имѣется, ему придается очень важное значеніе—помолвка не можетъ состояться безъ выдачи хотя бы части его; 2) размѣръ его, доходящій до 1000 піастровъ находится въ зависимости отъ размѣра приданаго (чензъ застра [1]) и 3) половина „баба-хакки" обыкновенно дается дочери въ приданое (кебинь). Послѣдняя часть баба-хакки выдается отцу невѣсты иногда на другой день послѣ свадьбы, если, однако, невѣста окажется дѣвственной.

Обращаясь къ юридическимъ послѣдствіямъ годежа, надо замѣтить, что онъ является формою строго-юридическою—правонарушенія совершенныя лицами, въ немъ участвовавшими, подлежатъ разсмотрѣнію церковной общины или священника или же епархіальныхъ совѣтовъ. Самыя послѣдствія сводятся къ слѣдующему: 1) лицо отказавшееся отъ вступленія въ бракъ безъ причинъ, признанныхъ основательными, обязано: а) возвратить имущество въ какой бы формѣ оно ни было ему предоставлено, б) вознаградить за всѣ из-

[1]) Приданое очень слабо развито въ Болгаріи; предметъ его—платье, бѣлье; брать деньги считается неудобнымъ, хотя подобные случаи и бываютъ.

держки, произведенныя въ предположеніи будущаго брака в) уплатить безчестіе въ видѣ денежнаго штрафа до 1000 піастровъ; иногда часть этого штрафа идетъ въ пользу обиженнаго, часть въ пользу церкви или школы, и г) запрещается вступить въ бракъ, въ однѣхъ мѣстностяхъ, въ теченіе извѣстнаго числа лѣтъ, въ другихъ—до исполненія всѣхъ вышеуказанныхъ имущественныхъ обязательствъ, налагаемыхъ на сторону отказавшуюся; 2) женихъ позволившій себѣ говорить или плясать съ другой дѣвицей или принимать отъ нея подарки, подвергается тюремному заключенію или тѣлесному наказанію и 3) посторонній виновникъ разрыва между женихомъ и невѣстой, а именно парень, отбившій чужую невѣсту, подвергается большому денежному штрафу. Если разрывъ произошелъ по причинамъ, не зависящимъ отъ воли сторонъ, то только возвращаются подарки.

3) *Отношенія между супругами.* а) *Личныя отношенія* не представляютъ особеннаго интереса. Мужъ имѣетъ право на почтеніе, не имѣетъ права жестоко обращаться съ женой, вправѣ требовать совмѣстнаго сожитія; временный уходъ жены къ родителямъ устраняется вмѣшательствомъ родственниковъ, священниковъ, а иногда и самого владыки; супруги обязаны другъ передъ другомъ вѣрностью; обязанность жены не вступать во внѣбрачную связь возводится въ обязанность публичноправовую,—нарушеніе навлекаетъ на виновную гнѣвъ всей общины; существуетъ повѣрье, что присутствіе въ селѣ такой измѣнницы навлекаетъ гнѣвъ Божій на все село въ видѣ неурожая, засухи, града и т. д., а потому она въ лучшемъ случаѣ пользуется полнымъ презрѣніемъ односельчанъ, а въ худшемъ ее подвергаютъ публично тѣлеснымъ и позорящимъ наказаніямъ или изгоняютъ изъ села и тѣмъ заставляютъ идти въ работницы въ чужое село. б) *Имущественныя отношенія* построены на началѣ полной раздѣльности и независимости; жена обладаетъ своимъ имуществомъ и ни въ какомъ случаѣ не отвѣчаетъ за долги мужа. Конечно, это начало всего полнѣе примѣняется въ богатыхъ семьяхъ, гдѣ жена даже владѣетъ своимъ недвижимымъ имуществомъ, въ бѣдныхъ же жена отдаетъ все на пользу домакинства. Имущество можетъ быть ею пріобрѣтено всякимъ законнымъ способомъ, но въ большинствѣ случаевъ оно есть ея приданое. При жизни жены мужъ никакого права на него не имѣетъ, но послѣ смерти право это въ нѣкоторыхъ мѣстностяхъ за нимъ признается (объ этомъ ниже).

4) *Прекращеніе брака.* Что касается прекращенія брака а) *смертью*, то *личныя* юридическія послѣдствія его заключаются въ наступленіи аа) извѣстнаго траурнаго срока, въ теченіе котораго остающійся въ живыхъ супругъ не можетъ вступить въ новый бракъ; для вдовцевъ срокъ этотъ менѣе продолжителенъ, чѣмъ для вдовъ; для первыхъ maximum—6 мѣс., а всего чаще 40 дней, для вторыхъ maximum 3 года, а всего чаще 1 годъ, но въ нашихъ источникахъ часто указывается, что вдова, если она беременна, можетъ вступить въ новый бракъ лишь черезъ 40 дней послѣ родовъ, это указаніе не имѣетъ, повидимому никакого значенія, если minimum траурнаго срока для вдовы—годъ, т. е. промежутокъ времени, превышающій періодъ беременности; надо полагать, однако, что эти указанія сдѣланы въ виду возможности въ нѣкоторыхъ мѣстностяхъ выхода вдовъ замужъ и ранѣе года; это подтверждается еще и тѣмъ, что относительно этихъ мѣстностей нѣтъ цифровыхъ данныхъ о траурномъ срокѣ вдовы. бб) Жена, послѣ смерти мужа, вправѣ, и, какъ кажется, обязана остаться въ домѣ свекра, если послѣ умершаго остались дѣти, а въ нѣкоторыхъ мѣстностяхъ, если ихъ осталось болѣе двухъ; это послѣднее указаніе, имѣя своимъ мотивомъ необходимость присутствія матери при дѣтяхъ ради ухода за ними, даетъ основаніе заключить, что остаться въ домѣ свекра вдова должна—это въ интересѣ свекра и его семьи; это же соображеніе даетъ нѣкоторое объясненіе тому, что иногда вдова

уходитъ, а дѣти остаются въ домѣ ихъ умершаго отца; она вѣроятно уходитъ потому, что дѣти уже на возрастѣ и не требуютъ надзора. Если же дѣтей нѣтъ, то общее правило то, что вдова возвращается къ родителямъ или братьямъ, т.-е. вправѣ возвратиться; осуществленіе этого права. Зависитъ отъ отношеній къ семьѣ мужа—иногда сноха остается и ее выдаютъ замужъ какъ родную дочь. Обязаны ли родители или братья ее принять? Относительно родителей это внѣ сомнѣнія, относительно же братьевъ надо предположить, что и они не вправѣ ей отказать въ пріемѣ, если она вноситъ въ домакинство рабочую силу, т.-е. еще молода, и денежныя средства или иныя цѣнности т.-е. все ея имущество, состоящее изъ вещей пріобрѣтенныхъ разными способами, напр., приданое, доля въ наслѣдствѣ ея умершаго мужа и т. п.; едва ли братья обязаны принять неспособную къ работѣ и неимущую сестру-вдову, они могутъ сослаться на обременительность пріема въ семью.

Наконецъ, *имущественныя* послѣдствія смерти одного изъ супруговъ суть: аа) послѣ смерти жены возникаетъ вопросъ о правѣ наслѣдованія въ ея имуществѣ. Свѣдѣнія наши ограничены лишь вопросомъ о приданомъ. По этому предмету сложились нѣсколько крайне разнообразныхъ системъ. Прежде всего надо различать, остались ли послѣ умершей дѣти или нѣтъ. При первомъ условіи въ большинствѣ случаевъ въ приданомъ наслѣдуютъ одни дѣти, но иногда и мужъ, причемъ въ нѣкоторыхъ мѣстахъ въ определенной долѣ, а именно $^1/_3$; при второмъ же условіи признается или исключительное право родителей или мужа, или право это признается и за тѣми и за другими, въ однѣхъ мѣстностяхъ поровну, въ другихъ—мужъ получаетъ $^1/_3$ долю; лишь въ одной мѣстности (Лисковецъ), когда родители умершей живы, они получаютъ приданое, если же ихъ въ живыхъ нѣтъ, то—мужъ. бб) Что касается послѣдствій смерти мужа, то мы имѣемъ свѣдѣнія лишь изъ одной мѣстности, а именно, вдова получаетъ определенную часть, смотря по тому, остались ли дѣти, или нѣтъ; въ первомъ случаѣ—$^1/_8$, а во второмъ $^1/_4$ часть.

Наконецъ, б) прекращеніе брака *разводомъ*, происходитъ, конечно, по каноническимъ правиламъ, причемъ роль обычая очень скромна; можно указать развѣ на срокъ безвѣстнаго отсутствія, дающаго основаніе разводу, срокъ установленный путемъ обычая, а именно девятилѣтній. Воздерживаемся мы отъ дальнѣйшихъ указаній по этому вопросу въ виду совершенной негодности того матеріала, которымъ мы располагаемъ: собиратели смѣшали разводъ съ разлученіемъ и расходомъ и получился рядъ отвѣтовъ, разобраться въ которыхъ рѣшительно невозможно.

## III. Союзъ родителей съ дѣтьми.

Свѣдѣнія наши о кровномъ союзѣ родителей съ дѣтьми очень скудны и отчасти уже исчерпаны въ предъидущихъ главахъ. Отцу, какъ главѣ домакинства, принадлежитъ широкая власть надъ дѣтьми; проявленіе непочтенія и неуваженія къ родителямъ влечетъ за собою: если дѣти несовершеннолѣтни—наказаніе, если совершеннолѣтни—изгнаніе изъ дома и лишеніе наслѣдства; даже единственный сынъ подвергается этимъ мѣрамъ и его мѣсто заступаетъ другое, чужое лицо: усыновленный. Мало того, если отецъ при жизни раздѣлитъ свое имущество между дѣтьми, то въ случаѣ непочтенія кого-либо изъ нихъ, проявляющагося напр. въ отказѣ давать содержаніе или пріютъ, отецъ имѣетъ право отобрать имущество и выгнать сына изъ дома. Въ имущественномъ отношеніи власть отца не проявляется, т. е. дѣти владѣютъ своимъ имуществомъ совершенно независимо отъ отца—имъ распоряжаться онъ не можетъ, даже если они живутъ при немъ. Послѣ смерти отца

имущество переходитъ къ дѣтямъ, причемъ они являются всегда отвѣтственными за долги отца; иначе они не могутъ, какъ выражается одинъ изъ собирателей обычаевъ (г. Богдановъ) „сохранить право на наслѣдство"; это, вѣроятно, надо понимать въ томъ смыслѣ, что въ случаѣ неплатежа долговъ добровольно, производится взысканіе съ наслѣдственнаго имущества. Эта обязанность уплачивать долги умершаго отца сохраняется и тогда, когда никакого наслѣдства къ сыну или дочери не перешло.

Что касается отношеній между родителями и дѣтьми незаконнорожденными, то по этому предмету не могло установиться никакихъ обычноправовыхъ нормъ. Какъ въ древности, такъ въ нѣкоторыхъ мѣстахъ и по сейчасъ относятся чрезвычайно сурово къ женщинѣ, родившей ребенка, къ самому ребенку, а иногда и къ виновнику его рожденія—ее убиваютъ, въ большинствѣ случаевъ, утопляютъ. Такая суровость, вызваная повѣрьемъ, что присутствіе такой грѣшницы въ общинѣ навлекаетъ гнѣвъ Божій на всю общину,—привела къ массѣ дѣтоубійствъ — матери утопляютъ своихъ дѣтей. Церковь въ этомъ дѣлѣ оказала весьма благотворное вліяніе—создался обычай уносить незаконнорожденнаго младенца на церковный дворъ и оставлять его тамъ; священникъ заботится о томъ, чтобы отдать подкидыша на воспитаніе—если возможно безмездно, а въ противномъ случаѣ уплачиваетъ расходы воспитанія изъ церковныхъ суммъ. На ряду съ этими фактами встрѣчаются и случаи совмѣстной жизни незаконныхъ родителей съ ихъ дѣтьми, но церковь и община принимаютъ мѣры къ тому, чтобы сожители обвѣнчались. Послѣ войны 1877 г. пошли новыя вѣянія — женщины стали жаловаться на своихъ соблазнителей и требовать денегъ на содержаніе себя и ребенка; если соблазнитель оказывался холостымъ, то его привуждали ко вступленію въ бракъ, если женатымъ—то къ выдачѣ содержанія.

Изъ искусственныхъ формъ союзовъ родителей съ дѣтьми имѣются указанія на усыновленіе и пріемъ въ домъ зятя. Обращаясь къ усыновленію, замѣтимъ, что личныя условія, которымъ должны удовлетворять усыновитель и усыновленный, чужды юридическаго характера,—можно говорить лишь о преимущественномъ значеніи того или другого условія. Такъ, усыновляютъ преимущественно бездѣтные или изгнавшіе изъ дома единственнаго сына. Этимъ объясняется, что собиратели обычаевъ всегда говорятъ, что усыновитель обѣщается передать усыновленному *все свое имущество*, чего бы тотъ, конечно, не сдѣлалъ, если бы у него были еще сыновья. Затѣмъ, усыновляются преимущественно родственники; это—всего чаще бываетъ тогда, когда усыновляется дѣвочка или дѣвушка, съ тѣмъ, чтобы ее потомъ выдать замужъ и передать домакинство зятю. Усыновляются, далѣе, преимущественно малолѣтніе, а если совершеннолѣтніе, то преимущественно не женатые. Что касается формы усыновленія, то необходимо, для юридическаго признанія усыновленія, въ отличіе отъ „обычнаго храненичества", совершеніе религіознаго чина усыновленія; независимо отъ того въ старину совершались всѣ обряды, обыкновенно соблюдаемые при рожденіи ребенка; нынѣ актъ усыновленія происходитъ тоже публично, причемъ въ однѣхъ мѣстностяхъ усыновленный сбрасываетъ съ себя прежнюю одежду и одѣваетъ новую, полученную отъ усыновителя, въ другихъ—вѣроятно, когда усыновляется малолѣтній—усыновленный взвѣшивается на вѣсахъ, причемъ на чашку кладутъ не гири, а подбирается камень, который потомъ зарывается въ землю. При усыновленіи, для обезпеченія усыновленнаго отъ притязаній родственниковъ усыновителя, совершается письменный актъ, которымъ усыновитель обязуется предоставить усыновленному, какъ говорятъ собиратели, *все* свое имущество. Актъ этотъ различенъ, смотря потому, усыновляется ли взрослый или несовершеннолѣтній; въ первомъ случаѣ это актъ, по которому усыновитель лично передъ усыновленнымъ принимаетъ на себя обязательство; во второмъ же случаѣ—это духовное завѣщаніе, совершенное передъ церков-

ной общиной. Отношенія между усыновителемъ и усыновленнымъ тѣ же, что и отношенія между кровными родителями и дѣтьми. Собиратели обычаевъ говорятъ, что усыновитель можетъ даже изгнать усыновленнаго изъ дома; это вѣрно, но если не было къ тому основательнаго повода, то первый долженъ выдать второму „все, что принадлежитъ ему, какъ наслѣднику"; это, вѣроятно, надо понимать въ смыслѣ выдачи не самого имущества, а эквивалента—не идти же усыновителю изъ-за ссоры съ усыновленнымъ по-міру. Но къ этому дѣлается еще одна оговорка: если усыновитель успѣлъ уже женить усыновленнаго, то тотъ не можетъ требовать наслѣдства (г. Шапкаревъ). Но если, съ одной стороны, связанъ усыновитель, то тоже самое мы видимъ и относительно усыновленнаго; онъ не можетъ произвольно бросить усыновителя и требовать,—не говоря уже о наслѣдствѣ,—вознагражденія за трудъ, которымъ пользовался усыновитель. Въ тѣхъ мѣстахъ, гдѣ при усыновленіи усыновляемый взвѣшивается, при предъявленіи послѣднимъ иска о вознагражденіи, вырывается зарытый тогда камень и истцу заявляется, чтобы онъ въ зачетъ своего требованія уплатилъ столько человѣческаго мяса, сколько имѣется разницы въ вѣсѣ камня и тѣла истца. Усыновленный, ставшій наслѣдникомъ усыновителя, тѣмъ самымъ лишается права наслѣдованія послѣ смерти своихъ кровныхъ родителей.

Кромѣ усыновленія въ собственномъ смыслѣ имѣются указанія и на полуусыновленіе, — на такъ называемыхъ полухранениковъ; это суть лица, которыя принимаются на воспитаніе; о нихъ заботятся изъ милосердія; держатъ въ домѣ изъ милости; права наслѣдованія они не имѣютъ и разсматриваются какъ чужіе.

Близокъ къ усыновленію и иногда съ нимъ смѣшивается пріемъ въ домъ зятя, у насъ называемаго влазнемъ, въ Болгаріи—зятемъ на приводъ. Собиратели обычаевъ говорятъ, что это „и сынъ и зять". Это смѣшеніе понятій замѣчается и въ народѣ. Упускается изъ виду, что если онъ разъ сынъ, т.-е. усыновленный, то уже не можетъ быть зятемъ, т.-е. мужемъ дочери усыновителя. Народъ нерѣдко обращается къ священникамъ съ просьбою совершить чинъ усыновленія, а послѣ заявленія, что, если чинъ будетъ совершенъ, то усыновленный не можетъ жениться на дочери просителя, послѣдній отказывается отъ усыновленія и прямо женитъ его на дочери. Дальнѣйшее различіе между усыновленнымъ и зятемъ на приводъ то, что послѣднему не только выдается актъ о предоставленіи ему всего имущества послѣ смерти тестя, но выдается часть этого имущества на руки, напр., онъ становится собственникомъ $^1/_2$ его. Въ остальномъ положеніе его тождественно съ положеніемъ сына.

## IV. Опека.

Юридическіе обычаи, касающіеся опеки далеки отъ однообразія и стройности. Нѣтъ надлежащей почвы для ихъ развитія. Семейный строй Болгаріи таковъ, что сирота всегда найдетъ своего естественнаго опекуна-домакина. Со смертью домакина, вмѣстѣ съ переходомъ домакинства, переходитъ и забота о малолѣтнихъ сиротахъ. Когда домакинство переходитъ къ матери, то, надо полагать, она и становится опекуншей. Но рядомъ съ этимъ имѣются указанія, что и при жизни матери возможно назначеніе опекуна; въ этихъ случаяхъ она, вѣроятно, не домакина (на что имѣются намеки). Какъ на спеціальный случай устраненія ея отъ опеки указывается выходъ ея замужъ. Назначается опекунъ родственниками или общиной изъ родственниковъ преимущественно отца или же изъ благонадежныхъ постороннихъ людей. Въ нѣкоторыхъ мѣстностяхъ онъ находится подъ контролемъ общины, матери и родственниковъ; нѣтъ указанія на то, что отъ него можно требовать отчета

во время опеки, но указывается на это право, по окончаніи опеки, какъ на право, принадлежащее самому опекаемому, вступившему въ совершенный возрастъ и мужу опекаемой. Опекунъ вполнѣ замѣняетъ собою отца. Вознагражденія за труды онъ не получаетъ. Прекращается опека вступленіемъ опекаемаго въ совершенный возрастъ. Точныхъ цифровыхъ данныхъ насчетъ этого возраста не имѣется; съ 15 лѣтъ можетъ быть возбужденъ вопросъ о передачѣ опекаемому управленія его имуществомъ, но если будетъ признано, что онъ еще недостаточно зрѣлъ и благоразуменъ, то остается подъ опекою. Обыкновенно къ 20-лѣтнему возрасту за нимъ признается и дѣеспособность; дѣвушка состоитъ подъ опекой лѣтъ до 25. Вступленіе въ бракъ какъ мужчины, такъ и женщины освобождаетъ отъ опеки.

---

# III. ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО.

## I.

## О ДУШЕПРИКАЩИКАХЪ [1]).

### I.

### Юридическій характеръ душеприкащичества.

Исполненіе завѣщанія представляетъ собою рядъ дѣйствій, которыя могутъ быть разсматриваемы съ формальной или процессуальной и съ матеріальной стороны. Въ первомъ случаѣ дѣйствія эти совершаются независимо отъ содержанія завѣщательнаго акта и заключаются въ выполненіи извѣстныхъ процессуальныхъ формъ, съ цѣлью придать завѣщанію законную силу, дать наслѣдникамъ возможность принять наслѣдство и т. п. Съ матеріальной стороны это исполненіе заключается въ совершеніи дѣйствій, основанныхъ на содержаніи завѣщанія. Мы будемъ имѣть въ виду послѣднее.—Это исполнененіе завѣщанія по содержанію есть реализація въ дѣйствительности того, что въ немъ выражено завѣщателемъ. Всего естественнѣе, конечно, что оно должно быть выполнено лицами, ближе всѣхъ стоящими къ завѣщателю и наиболѣе, по общему правилу, заинтересованными въ его исполненіи, т. е. наслѣдниками. Утверждая, осуществляя, вмѣстѣ съ этимъ исполненіемъ, свое право на оставшееся имущество, они именно въ виду этого должны бы исполнить всевозможныя распоряженія завѣщателя, которыя могутъ быть или поставлены въ смыслѣ условій пріобрѣтенія правъ на завѣщанное имущество или вытекать изъ этого пріобрѣтенія. Такъ что наслѣдники исполняютъ завѣщаніе, какъ таковые, ipso jure, безъ особаго полномочія — это общее правило. Но кромѣ того юридическая жизнь выработала особый институтъ исполнителей, называемыхъ душеприкащиками, exécuteurs testamentaires, Testamentsvollzieher,—vollstrecker, Treuhänder. Лица эти не заинтересованы въ исполненіи и, вообще говоря, не пріобрѣтаютъ никакихъ правъ на оставшееся имущество. Но этимъ еще далеко не сказано, что наслѣдникъ, пріобрѣтающій права отъ завѣщателя не можетъ быть душеприкащикомъ—онъ можетъ явиться таковымъ не только въ силу того, что онъ наслѣдникъ, но и въ силу особаго спеціальнаго порученія завѣщателя; напр. А, умирая, передаетъ свое имущество нѣсколькимъ наслѣдникамъ, изъ которыхъ только одному

[1]) 1873 г.

В поручаетъ исполненіе завѣщанія; это обязательство вытекаетъ не изъ факта наслѣдованія, а изъ особаго полномочія. Точно также этимъ не исключается возможность постороннему лицу, назначенному душеприкащикомъ, получить по завѣщанію извѣстную долю имущества въ видѣ вознагражденія. Наконецъ въ нѣкоторыхъ исключительныхъ случаяхъ, само государство можетъ быть исполнителемъ завѣщанія, напримѣръ, когда это выражено самимъ завѣщателемъ или когда государство, въ лицѣ своихъ органовъ, получаетъ отказъ, и при томъ не имѣется на лицо особыхъ исполнителей, и въ другихъ случаяхъ.

Руководимый тѣми или другими соображеніями, завѣщатель слагаетъ съ наслѣдниковъ обязанность исполненія завѣщанія и передаетъ ее постороннему лицу, по свободному выбору, имѣя, конечно, въ виду при этомъ выборѣ, требуемыя закономъ условія правоспособности; одно благоразуміе заставляетъ его руководиться этими условіями, такъ какъ въ противномъ случаѣ, при выборѣ неправоспособнаго лица, ему же хуже: душеприкащикъ не будетъ допущенъ къ исполненію завѣщанія, предсмертное желаніе его не будетъ осуществлено.

Лицо, избранное душеприкащикомъ, очевидно совершенно вольно принять званіе или отказаться отъ него, ибо нѣтъ основанія возводить душеприкащичества въ munus publicum. Но коль скоро избранное лицо выразило желаніе стать душеприкащикомъ, то отказаться отъ этого уже не можетъ и обязывается исполнить въ точности требуемыя завѣщаніемъ и закономъ обязанности, подвергаясь въ противномъ случаѣ отвѣтственности.

Принявъ на себя, такимъ образомъ, исполненіе завѣщанія, лицо, конечно, вступаетъ въ обязательственное отношеніе; одно то, что завѣщатель поручаетъ ему совершеніе всевозможныхъ дѣйствій по поводу имущества и что въ исполненіи этихъ дѣйствій заинтересованы лица, которымъ завѣщатель передаетъ свое имущество, словомъ, одно то, что душеприкащикъ обязанъ совершать извѣстныя дѣйствія относительно имущества и лицъ — несомнѣнно показываетъ, что душеприкащичество есть обязательство. И дѣйствительно, въ немъ имѣются въ наличности и должникъ, и вѣритель, и предметъ. Должникомъ является душеприкащикъ, какъ лицо, обязанное выполнить дѣйствія, возложенныя на него завѣщателемъ. Вѣрителями являются лица, имѣющія то или другое право на имущество, напр., наслѣдники, которые получаютъ черезъ него назначенную имъ часть и имѣніемъ которыхъ онъ можетъ быть обязанъ управлять, или кредиторы умершаго, которые означены въ завѣщаніи и другія лица; даже само государство можетъ имѣть право требованія по отношенію къ нему, напр., оно обязываетъ его, въ случаѣ споровъ по завѣщанію, охранять цѣлость послѣдняго и т. п. Что касается предмета, то онъ, какъ и во всякомъ обязательствѣ, состоитъ въ удовлетвореніи, т.-е. въ исполненіи должникамъ (душеприкащикамъ) и доставленіи вѣрителю (наслѣдникамъ, кредитору, государству и др.) того, къ чему клонится обязательство (реализація завѣщанія).

Юридическое положеніе душеприкащика различно по различію источниковъ его правъ и обязанностей: съ одной стороны они опредѣляются завѣщаніемъ, съ другой закономъ, руководящимся тѣмъ или инымъ общимъ принципомъ, и потому при разсмотрѣніи правъ и обязанностей душеприкащика, постоянно нужно имѣть въ виду это различіе. Но кромѣ двойственности по источникамъ, юридическое положеніе душеприкащика раздвояется по самому существу: на обязательство исполненія чужого порученія вообще и на обязательство, въ которое онъ вступаетъ съ лицами, имѣющими то или другое право на имущество завѣщателя.

Основнымъ источникомъ душеприкащичества служитъ самое завѣщаніе. Завѣщатель можетъ поручить душеприкащику совершеніе всевозможныхъ дѣйствій, какія вообще могутъ быть совершены однимъ лицомъ за другого; но такъ какъ дѣйствія эти касаются судьбы имущества по смерти собственника, то другимъ

критеріемъ, даваемыхъ душеприкащику полномочій, являются предѣлы, предоставленной лицу завѣщательной свободы. Я называю завѣщаніе источникомъ *основнымъ*, потому что воля завѣщателя, согласная съ требованіями закона, имѣетъ рѣшительное вліяніе не только на существованіе того или другого единичнаго дѣйствія, входящаго въ составъ обязательства, но и на формы и способы выполненія его. Что же касается до закона въ смыслѣ источника, то онъ облекаетъ душеприкащика извѣстными правами и налагаетъ на него извѣстныя обязанности, имѣя въ виду общій принципъ наивозможно-точнаго и полнаго выполненія завѣщанія — ради лучшаго осуществленія этого начала, законъ и опредѣляетъ его юридическое положеніе. Очевидно, законъ имѣетъ здѣсь уже второстепенное значеніе; дѣйствіе его проявляется лишь тогда, когда завѣщатель не только назначилъ душеприкащика, но и опредѣлилъ кругъ его дѣйствій; чѣмъ точнѣе опредѣленія завѣщателя, тѣмъ менѣе надобности въ нормахъ закона и наоборотъ.

Являясь исполнителемъ чужихъ порученій, касающихся имущества завѣщателя, душеприкащикъ, съ одной стороны является лишь представителемъ умершаго, съ другой—становится въ извѣстныя отношенія къ имуществу. Въ первомъ случаѣ онъ обязанъ совершить рядъ чисто личныхъ дѣйствій, а) или поручаемыхъ ему самимъ завѣщателемъ, каковы, напр., сообщеніе извѣстному лицу о смерти завѣщателя, прощеніе долга и т. п. или b) требуемыхъ закономъ, имѣющимъ въ виду вышеозначенный принципъ, каково, напр., представительство на судѣ въ случаѣ спора по завѣщанію, отклоненіе всякаго посягательства не только стороннихъ лицъ, но и самихъ наслѣдниковъ, направленнаго на противудѣйствіе исполненію данныхъ ему порученій и т. п. Во второмъ случаѣ, т.-е. по отношенію къ имуществу, онъ обязанъ совершить извѣстныя дѣйствія также требуемыя завѣщателемъ—(послѣдній можетъ поручить ему временное владѣніе, передачу имущества тому или другому лицу, получение долга и т. п., не выходя, конечно, за предѣлы предоставленной ему власти надъ имуществомъ); или же самъ законъ предписываетъ извѣстныя нормы отношенія его къ имуществу, основываясь на томъ же принципѣ необходимости точнаго исполненія завѣщанія; въ виду этого ему предоставляется временное завѣдываніе имуществомъ, онъ обязанъ тщательно его оберегать, совершать относительно его только такія дѣйствія, которыя или прямо вытекаютъ изъ завѣщанія, или тѣсно связаны съ ними. Таково существо перваго обязательства.

Благодаря тому, что душеприкащикъ дѣйствуетъ или по поводу имущества, имѣющаго своего собственника въ лицѣ наслѣдника или вообще въ виду существованія лицъ, имѣющихъ то или другое право на это имущество, между нимъ и этими лицами завязываются извѣстныя юридическія отношенія; необходимость ихъ, конечно, обусловливается тѣмъ, что наслѣдники и другія лица вполнѣ заинтересованы въ судьбѣ доставшагося имъ наслѣдства или въ осуществленіи своихъ правъ. Душеприкащикъ, не исполняя съ надлежащею точностью переданное его исполненію завѣщаніе, можетъ нанести ущербъ этимъ лицамъ. Въ видахъ этого-то, частью завѣщатель, частью законъ опредѣляетъ взаимныя права и обязанности сторонъ, дающія содержаніе цѣлому ряду обязательствъ; вступаетъ въ нихъ душеприкащикъ благодаря тому, что разъ принялъ на себя обязательство исполненія завѣщанія вообще; потому-то говоря о нихъ въ отдѣльности, первыя обязательства можно назвать производными, а послѣднее—главнымъ, совокупностью же ихъ опредѣляется все юридическое положеніе душеприкащика.

Производныя обязательства весьма тѣсно связаны съ главнымъ, а по отношенію къ завѣщанію, какъ источнику, содержаніе ихъ даже вполнѣ совпадаетъ. Положимъ завѣщатель поручаетъ душеприкащику передать имущество извѣстному лицу; тутъ разграничить обязательства невозможно; вмѣстѣ

съ принятіемъ обязательства исполненія завѣщанія, душеприкащикъ обязывается передъ лицомъ, коему назначено имущество—онъ обязанъ совершить передачу, лицо имѣетъ право требовать совершенія ея. Въ обязательствахъ этого порядка имѣется лишь одна особенность: душеприкащикъ, вступая въ обязательство исполненія завѣщанія вообще, тѣмъ изъявляетъ свое согласіе на вступленіе въ обязательственное отношеніе съ лицомъ, долженствующимъ получить чрезъ его посредство имущество, но благодаря этому, обязательство между ними еще не возникаетъ—лицо просто можетъ отказаться отъ принятія наслѣдства, отказа, вообще отъ имущества, на которое оно имѣетъ то или другое право; для цѣлостнаго существованія всякаго обязательства, какъ извѣстно, необходимо изъявленіе согласія лица, пріобрѣтающаго право, согласія выраженнаго или открыто, или при посредствѣ конклюдентныхъ дѣйствій; коль скоро лицо, получающее по завѣщанію извѣстное право на имущество, по поводу коего дѣйствуетъ душеприкащикъ, отказалось отъ правъ своихъ—никакого обязательства между нимъ и душеприкащикомъ возникнуть не можетъ.

Иными представляются обязательства душеприкащика по отношенію къ наслѣдникамъ и другимъ лицамъ, основанныя на требованіяхъ закона—разграничить ихъ и разсмотрѣть отдѣльно отъ обязательства исполненія завѣщанія, въ собственномъ смыслѣ, весьма удобно. Нормы закона въ этомъ случаѣ построены на принципѣ примиренія, уравновѣшиванія правъ душеприкащика съ правами другихъ лицъ; главная задача — давая душеприкащику возможность исполнить завѣщаніе, сохранить неприкосновенность правъ другихъ лицъ на имущество; чѣмъ больше объемъ правъ душеприкащика касательно имущества, чѣмъ болѣе онъ пріобрѣтаетъ отъ завѣщателя власти надъ наслѣдникомъ, тѣмъ категоричнѣе и строже самъ законъ, тѣмъ больше онъ налагаетъ на душеприкащика обязанностей въ пользу наслѣдниковъ и другихъ лицъ, дабы предупредить всякую возможность нарушенія ихъ правъ.

Весь этотъ сложный составъ душеприкащичества порождаетъ не мало затрудненій при юридической квалификаціи института. Сложилось не мало, крайне разнообразныхъ теорій его. Оставляя въ сторонѣ совершенно исключительныя, порою эксцентричныя, теоріи [1]), всѣ остальныя могутъ быть сведены къ тремъ: 1) теорія представительства завѣщателя, 2) теорія представительства наслѣдника и 3) смѣшанная теорія. Что касается первой изъ названныхъ теорій [2]), то основное положеніе ея то, что душеприкащикъ только представитель завѣщателя—онъ дѣйствуетъ по полномочію послѣдняго, отъ его имени; наслѣдники, легатаріи и др. суть лишь третьи лица, имѣющія по отношенію къ душеприкащику извѣстныя права и обязанности. Какъ мы упоминали выше, наслѣдники, легаторіи, кредиторы, должники завѣщателя имѣютъ къ душеприкащику, а онъ къ нимъ извѣстныя права требованія. Но специфическая черта душеприкащичества заключается въ томъ, что тутъ представитель совершаетъ рядъ порученныхъ ему дѣйствій уже послѣ смерти представляемаго, нормально же, при представительствѣ, представляемый наблюдаетъ за исполненіемъ представителемъ своихъ обязанностей, имѣетъ по отношенію къ нему и права, и обязанности; въ душеприкащичествѣ же этого нѣтъ—представляемаго уже нѣтъ въ живыхъ. Тутъ каждое изъ лицъ заинтересованныхъ заботится само объ удовлетвореніи своего интереса и въ

---

[1]) Напр. теорія стрелящая душеприкащичество на началахъ опеки (Windscheid. Pandecten B. 3. S. 110), теорія видящая въ душеприкащикѣ представителя наслѣдства (Sturm. Die Lehre v. d. Testamentsvollziehern въ Jhering's Jahrb. B. 29 S. 129—123) и др.

[2]) Dernburg—Lehrb. des preuss. Privatr B. 3 S. 451. Гордонъ. Представительство въ гражданскомъ правѣ 1879. стр. 241—252; хотя тутъ сказывается нѣкоторая непослѣдовательность: такъ стр. 250 заставляетъ причислить автора къ послѣдователямъ смѣшанной теоріи.

предѣлахъ этого интереса осуществляетъ свои права; такъ кредиторы заботятся о томъ, чтобы получить долгъ чрезъ душеприкащика, наслѣдники и легатаріи требуютъ отъ него то, что имъ причитается; наслѣдники требуютъ, чтобы онъ произвелъ выдачи и уплатилъ долги изъ опредѣленнаго имущества, дабы кредиторы и др. лица не обратились къ нимъ, требуютъ, чтобы онъ взыскалъ съ должниковъ и тѣмъ увеличилъ наличное имущество; если душеприкащикъ управляетъ имѣніемъ доставшимся наслѣднику или завѣдываетъ его капиталами, то наслѣдникъ требуетъ отъ него отчета не какъ наслѣдникъ, а какъ собственникъ имѣнія или капитала. Но изъ того что наслѣдники имѣютъ извѣстныя права по отношенію къ душеприкащику нельзя выводить, что онъ ихъ представитель; если изъ права требовать исполненія завѣщанія выводить, что лицо требующее этого представляется исполнителемъ, то можно дойти и до признанія душеприкащика представителемъ легатаріевъ, одаренныхъ, кредиторовъ и т. д. Смущаетъ лишь тотъ случай, когда душеприкащику ввѣрено управленіе имѣніемъ наслѣдника. Но и тутъ душеприкащикъ не представитель наслѣдника, а лицо, котораго послѣдній долженъ терпѣть, какъ представителя умершаго; ни устранить его, ни измѣнить порученіе, ни вмѣшиваться въ дѣло исполненія, онъ не можетъ; онъ можетъ, конечно, требовать отъ него отчета дабы убѣдиться не дѣйствовалъ ли душеприкащикъ въ ущербъ его, наслѣдника, интересамъ; онъ можетъ слѣдить за исполненіемъ и всѣми законными мѣрами предотвращать убытки отъ дѣйствій душеприкащика. То-же самое должно быть предоставлено и другимъ заинтересованнымъ лицамъ; такъ если завѣщатель приказалъ душеприкащику продать имущество и изъ вырученныхъ денегъ удовлетворить кредиторовъ, то тѣ, видя что онъ не продаетъ имущества, а обезцѣниваетъ его, распродаетъ, разрушаетъ и т. п., конечно, въ правѣ принять противъ него мѣры напр., предъявить искъ и наложить запрещеніе на имѣніе, требовать уничтоженія убыточнаго для нихъ акта и т. п.; точно также легатаріи не могутъ быть обречены на роль безучастныхъ зрителей убыточныхъ для нихъ дѣйствій и т. д. Если такъ то тѣмъ болѣе наслѣдникъ, имущество котораго находится въ управленіи и завѣдываніи душеприкащика не можетъ не требовать отъ него отчета и не принимать тѣхъ или другихъ предупредительныхъ мѣръ. Но отсюда еще очень далеко до представительства. Уже въ виду этого соображенія нельзя признать вѣрною вторую теорію—теорію представительства наслѣдниковъ [1]). Основное положеніе этой теоріи то, что душеприкащикъ дѣйствуетъ по порученію завѣщателя, являясь представителемъ наслѣдника; дѣйствія, которыя должны бы быть совершены наслѣдникомъ совершаются по порученію завѣщателя душеприкащикомъ вмѣсто наслѣдника, и отъ его имени. Коренная ошибка этой теоріи та, что въ понятіи представительства, въ видѣ существеннаго признака, вносится совершеніе представителемъ дѣйствій вмѣсто представляемаго. Такой взглядъ приводитъ къ чрезмѣрному расширенію понятія представительства: придется признать представляемымъ даннаго представителя всякое лицо, которое не было избрано другимъ въ качествѣ своего представителя; лицо А не избрало Б своимъ представителемъ, а избрало В *вмѣсто* Б—нельзя же В считать представителемъ Б... То, что наслѣдникъ, не будь назначенъ душеприкащикъ, самъ исполнилъ бы завѣщаніе, даетъ только основаніе сказать, что душеприкащикъ дѣйствуетъ вмѣсто наслѣдника, но не даетъ права утверждать, что онъ душеприкащикъ представитель наслѣдника. Если напр. прикащикъ, въ силу закона, по смерти хозяина, обязанъ продолжать веденіе его дѣла, а по завѣщанію, онъ, немедленно

---

[1]) Unger, System des allgem. öster. Privatr. B. VII S. 123. Förster. Theorie und Praxis d. gem. preus. Privatr. B. IV S. 171—176.

по смерти хозяина, долженъ быть устраненъ и замѣненъ другимъ, то едва ли кто рѣшится признать этого вновь назначеннаго представителемъ устраненнаго. Признакъ „вмѣсто представляемаго“ имѣетъ значеніе таковаго лишь въ неразрывной связи съ „совершеніемъ дѣйствій *отъ имени* представляемаго“, а этого признака, если считать душеприкащика представителемъ наслѣдника, мы въ душеприкащичествѣ не находимъ—душеприкащикъ дѣйствуетъ отъ имени завѣщателя. Еслибы наслѣдникъ представлялся душеприкащикомъ, то онъ имѣлъ бы право требовать отъ душеприкащика отчета во всѣхъ порученныхъ ему дѣйствіяхъ, а между тѣмъ такого общаго, безусловнаго правила выставить нельзя; онъ можетъ требовать отчета въ предѣлахъ своего интереса т.-е. когда есть основаніе предположить, что ненадлежащимъ исполненіемъ могутъ быть нарушены права наслѣдника; напр., если наслѣдникъ получитъ опредѣленное имущество, а все остальное назначено на учрежденіе благотворительнаго заведенія, то у наслѣдника нѣтъ юридическаго интереса требовать отъ душеприкащика отчета—съ нимъ вѣдается государство, причемъ примѣняются правила пожертвованія. Далѣе, Дернбургъ [1]) весьма основательно замѣчаетъ, что еслибы душеприкащикъ былъ представителемъ наслѣдника, то онъ долженъ бы былъ послѣдняго лично обязывать и доставлять ему личныя пріобрѣтенія; въ душеприкащичествѣ мы видимъ обратное, напр., если наслѣдникъ пользуется beneficium inventarii, то безусловно не отвѣчаетъ за долги, сдѣланные душеприкащикомъ внѣ предѣловъ наслѣдства; если надъ наслѣдствомъ учрежденъ конкурсъ, то все пріобрѣтенное душеприкащикомъ поступаетъ въ массу. Затѣмъ, вѣдь душеприкащикъ, ради сохраненія силы завѣщанія, вправѣ выступить на судъ противъ наслѣдника оспаривающаго этотъ актъ. Могъ ли бы онъ это сдѣлать, еслибы былъ представителемъ наслѣдника? Ферстеръ отрицаетъ это право душеприкащика, но, очевидно, въ угоду своему воззрѣнію на душеприкащика какъ на представителя наслѣдника; если душеприкащикъ исполнитель завѣщанія, то уклоненіе отъ защиты дѣйствительности этого акта будетъ равносильно согласію его на признаніе акта недѣйствительнымъ т.-е. дѣйствіемъ противнымъ волѣ завѣщателя. Но тотъ же Ферстеръ, въ совершенное противорѣчіе съ самимъ собой, допускаетъ защиту душеприкащикомъ владѣнія наслѣдственнымъ имуществомъ противъ наслѣдниковъ [2]). Наконецъ, всего рѣзче сказывается несостоятельность разсматриваемой теоріи въ томъ, что она совершенно непримѣнима къ тому случаю, когда наслѣдниковъ вовсе нѣтъ, а душеприкащикъ назначенъ, напр., когда завѣщатель пожертвовалъ все свое имущество на созданіе благотворительнаго учрежденія. Нельзя же это учрежденіе разсматривать, какъ наслѣдника: въ моментъ смерти завѣщателя его еще нѣтъ, оно еще имѣетъ быть создано. Чьимъ же, какъ не завѣщателя, представителемъ тутъ является душеприкащикъ?

На смѣшанной теоріи [3]) нечего останавливаться: насколько она признаетъ душеприкащика представителемъ завѣщателя, она права, насколько—представителемъ наслѣдника, она вызываетъ возраженія, сдѣланныя противъ второй изъ разсмотрѣнныхъ теорій.

Что касается современныхъ законодательствъ, то въ нихъ находимъ, въ значительной степени, подтвержденіе теоріи представительства завѣщателя, но рядомъ съ тѣмъ и нѣкоторыя уклоненія въ сторону представительства наслѣдниковъ. Такъ, прусское земское уложеніе прямо признаетъ душеприкащика представителемъ завѣщателя; но когда ему ввѣрено управленіе имѣ-

---

[1]) Dernburg—н. с. стр. 451.

[2]) Förster—н. с. стр. 182.

[3]) Beseler. Von den Testamentsvolziehern въ Zeitschrift. f. d. R. B. 9, S. 174.

ніемъ, онъ разсматривается какъ представитель наслѣдника [1]). Эта оговорка не должна-бы давать комментаторовъ прусскаго уложенія основанія видѣть въ душеприкащикѣ всегда представителя наслѣдника, а между тѣмъ, они придаютъ ей общее значеніе, видя въ наслѣдникѣ всегда собственника наслѣдства. Это соображеніе совершенно не вѣрно. Не говоря уже о томъ, что наслѣдника въ данномъ случаѣ можетъ и вовсе не быть, даже когда онъ назначенъ, нѣтъ вовсе надобности, чтобы все имущество перешло къ нему; имущество, напр., назначенное легатаріямъ, почитается принадлежащимъ завѣщателю и находящимися въ вѣдѣніи душеприкащика, владѣющаго имъ не отъ имени наслѣдника, а отъ имени завѣщателя; если съ этимъ имуществомъ связанъ юридическій интересъ наслѣдника, т.-е. для него могутъ наступить невыгодныя послѣдствія отъ ненадлежащаго исполненія душеприкащикомъ завѣщанія, то онъ, конечно, имѣетъ право контроля, но основанное не непремѣнно на правѣ собственности, а и на иномъ правѣ; напр., если кредиторъ не будетъ удовлетворенъ душеприкащикомъ, то кредиторъ этотъ можетъ обратиться къ наслѣднику, какъ лицу, къ коему перешло право на наслѣдство, право на активъ его, состоящій быть можетъ не изъ вещей, а только изъ обязательственныхъ правъ; въ этомъ случаѣ и безъ права собственности, наслѣдникъ заинтересованъ въ надлежащемъ исполненіи завѣщанія. Французское право, предоставляя душеприкащику вообще выступать въ защиту завѣщанія (даже противъ наслѣдниковъ), видѣть въ немъ представителя завѣщателя, но въ то-же время склоняется какъ бы въ сторону теоріи представительства наслѣдника [2]). Цахаріэ даже прямо называетъ его представителемъ наслѣдника и доходитъ до того, что признаетъ его представителемъ легатаріевъ. Отчего-бы его не признать представителемъ и одаренныхъ mortis causa, а отсюда рукой подать до представительства кредиторовъ? Аншютсъ, въ примѣчаніи къ посмертному изданію руководства Цахаріэ, совершенно вѣрно замѣчаетъ, что взглядъ на душеприкащика, какъ на представителя наслѣдника, не можетъ быть проведенъ съ полною послѣдовательностью. И дѣйствительно, если Code civil даетъ душеприкащику право выступать на судѣ противъ наслѣдника, то этого уже вполнѣ достаточно, чтобы уловить мысль законодателя. Но есть въ кодексѣ правило, которое французская доктрина толкуетъ совершенно неправильно въ смыслѣ признанія представительства наслѣдника; а именно, на основаніи ст. 1031 душеприкащикъ по истеченіи года со дня смерти завѣщателя обязанъ представить отчетъ о своемъ управленіи. Изъ этого выводятъ, что отчетъ долженъ быть представленъ наслѣднику по всѣмъ порученіямъ, на душеприкащика возложеннымъ. Такое толкованіе едва-ли правильно, ибо статья, во 1-хъ, не говоритъ, что отчетъ долженъ быть представленъ только наслѣднику и, во 2-хъ, она говоритъ лишь о томъ случаѣ, когда душеприкащику ввѣрено управленіе. Для насъ ясно лишь одно: душеприкащикъ обязанъ представить отчетъ тому лицу или установленію, имуществомъ коего онъ управляетъ; никакихъ другихъ общихъ выводовъ, напр., что онъ обязанъ представить наслѣднику отчетъ даже въ томъ случаѣ, когда все имущество пожертвовано на созданіе благотворительнаго учрежденія—сдѣлать нельзя. Типичнымъ представителемъ теоріи представительства наслѣдника, вѣроятно, будетъ германское уложеніе. Проектъ прямо называетъ душеприкащика представителемъ наслѣдниковъ [3]), хотя составители его и заявляютъ въ мотивахъ, что не придерживаются ни одной изъ существующихъ теорій. Заявленіе это совершенно неосновательно; редакторы не только внесли въ

---

[1]) Aleg. Landr. T. 1. t. 12 §§ 557—562.
[2]) Code civil art 1025—1037.
[3]) Entwurf eines bürg. Gesetzb. § 1903.

одну изъ статей (въ чемъ никакой надобности не было) слова „душеприкащикъ, какъ законный представитель наслѣдника“, но и мотивируютъ теорію представительства наслѣдника; основаніе этого представительства они видятъ въ ограниченной дѣеспособности наслѣдника—послѣдній не дѣеспособенъ по отношенію къ опредѣленному имуществу (наслѣдству) и притомъ въ распоряженіи правами на вещи (dingliche Verfügungsmacht [1]). Этотъ аргументъ грѣшитъ своею юридическою неточностью. Можно-ли такъ расширять понятіе дѣеспособности! Если такъ разсуждать, то не дѣеспособенъ всякій довѣритель, залогодатель, собственникъ сданнаго въ аренду имущества, даже всякій должникъ, не имѣющій право отчуждать имущество in fraudem criditorum, даже всякій собственникъ, не имѣющій права препятствовать осуществленію правъ общаго участія. Такое широкое, безграничное понятіе недѣеспособности не можетъ служить основаніемъ законнаго представительства.

Что касается нашего права то, созданная на отрывочныхъ указаніяхъ закона, сенатская доктрина, какъ будто склоняется болѣе на сторону теоріи представительствъ наслѣдниковъ. Сенатъ неоднократно высказывалъ въ весьма категоричной формѣ, что душеприкащикъ во всякомъ случаѣ отвѣтственъ передъ наслѣдникомъ т.-е. чтобы ему ни было поручено, онъ во всемъ долженъ дать отчетъ наслѣдникамъ, безотносительно къ тому имѣетъ ли послѣдній въ томъ юридическій интересъ или нѣтъ; онъ ставится въ положеніи лица совершающаго рядъ дѣйствій вмѣсто наслѣдника и отъ его имени и отвѣтственъ передъ нимъ [2]). Эти положенія, однако, не имѣютъ почвы въ нашемъ законѣ. Въ этомъ смыслѣ г. Побѣдоносцевъ вѣрно говоритъ, что если наслѣдникъ неимѣетъ никакого матеріальнаго интереса въ порученіи душеприкащика и въ его дѣйствіяхъ, то онъ не въ правѣ требовать отъ душеприкащика отчетности въ точномъ исполненіи послѣдней воли умершаго....., ибо такое требованіе не нашло-бы себѣ соотвѣтственнаго мѣста ни въ нашей системѣ судебныхъ исковъ, ни въ ряду какихъ либо особыхъ административныхъ внѣ-судебныхъ требованій [3]). Если въ такомъ смыслѣ рѣшается вопросъ, являющійся пробнымъ камнемъ двухъ разсмотрѣнныхъ нами выше теорій, то и сомнѣнія быть не можетъ, что духу такого законодательства, какъ наше болѣе отвѣчаетъ теорія представительства завѣщателя.

## Историческій очеркъ русскаго душеприкащичества.

Не вдаваясь въ гадательныя предположенія касательно завѣщательнаго права въ древнѣйшія эпохи, мы начнемъ нашъ историческій очеркъ съ обзора письменныхъ духовныхъ завѣщаній, на основаніи которыхъ постараемся констатировать древнее воззрѣніе на изслѣдуемый нами институтъ.

Разсматривая эти древніе акты, невольно удивляешься вкоренившемуся въ нашей литературѣ взгляду на характеръ древняго духовнаго завѣщанія, какъ на актъ чисто религіозный, на завѣтъ. Рѣшительно непонятно откуда взяли ученые, напр., Мейеръ, что наше древнее завѣщаніе было *сначала* чисто религіознаго характера, и лишь *мало по малу* пріобрѣтало характеръ имущественный; что же касается назначенія наслѣдника, то это будто бы даже чуждо нашему понятію о завѣщаніяхъ. „Наши древнія духовныя, говоритъ Мейеръ, по преимуществу имѣли нравственно-религіозное значеніе и только, *между прочимъ*,

---

[1]) Motive z. bürg. Gesetzb. U. V, S. 236.

[2]) Р. г. к. д. с. 1868 № 78, 1869 № 227, 1871 № 738 и 873, 1877 № 578, 1878 № 263, 1881 № 116 и др.

[3]) Побѣдоносцевъ. Курсъ гражд. права т. 2, стр. 619.

касались имущественныхъ отношеній завѣщателя, такъ какъ отношенія эти близки каждому и завѣщателю естественно было коснуться ихъ" [1]). На самомъ же дѣлѣ всѣ духовныя памяти, всѣ извѣстныя намъ древнія письменныя завѣщанія, начиная съ завѣщанія Владиміра Волынскаго, относящагося къ 1286 году, имѣютъ вполнѣ имущественный и юридическій характеръ съ примѣсью, конечно, религіозныхъ разсужденій. Въ нихъ мы находимъ означеніе долговъ завѣщателя и всякихъ сдѣлокъ, которыя въ завѣщаніяхъ, ближайшихъ къ нашему времени, все становятся сложнѣе; тутъ завѣщатель приказываетъ, благословляетъ и даетъ рядъ, т.-е. предназначаетъ имущество тому или другому лицу. Завѣщанія же исключительно нравственно-религіознаго содержанія, лишенныя всякаго юридическаго и имущественнаго характера, весьма рѣдки. Что на древнихъ завѣщаніяхъ дѣйствительно отразилось христіанство, это не подлежитъ сомнѣнію; но это не мѣшало имъ сохранить юридическій характеръ, и мы никакъ не вправѣ сказать, что распоряженій имущественныхъ завѣщатель касался лишь *между прочимъ*. Что завѣщатель дѣлалъ въ духовной нравственно-религіозныя назиданія, назначенія, восклицанія и т. п., то это понятно, и иначе быть не могло. Лицо религіозное, умирая, сознавая необходимость разстаться съ міромъ, естественно, въ актѣ послѣдней воли должно было распространяться о фактахъ нравственнаго содержанія. Этотъ характеръ духовныхъ, сначала вытекавшій изъ чистаго источника, послужилъ впослѣдствіи для духовныхъ лицъ силою притягивавшею ихъ вліяніе на все завѣщательное отношеніе, и чѣмъ больше народъ становился религіознымъ, тѣмъ вліяніе церкви усиливалось. Въ этомъ смыслѣ совершенно справедливо говоритъ Полежаевъ, что „чѣмъ глубже и обширнѣе развивается религіозное чувство, тѣмъ необходимѣе становится вмѣшательство духовенства" [2]). И это вмѣшательство постепенно дѣйствовало на развитіе того явленія, которое его вызвало, т.-е. духовенство стало заботиться о развитіи религіознаго чувства, не упуская изъ виду пользу церкви, убѣждая въ необходимости для спасенія души назначать отказы въ пользу монастырей и церквей. Вообще нельзя отрицать вліянія духовенства на содержаніе завѣщаній, но впадать въ крайность то же нѣтъ основаній.

Послѣ этого отступленія приступимъ къ разсмотрѣнію духовныхъ.

Выше мы привели выраженія (приказываю, даю рядъ, благословляю), которыя употреблялись завѣщателемъ въ древности при назначеніи своего имущества тому или другому лицу. Не находя между ними никакого кореннаго различія, мы остановимся лишь на одномъ изъ нихъ—„приказываю". Кромѣ того, что оно означало наслѣдственную передачу имущества, напримѣръ, „приказываю животъ" и т. п., мы находимъ выраженія: „приказываю жену, дѣтей, душу". Подъ „приказываю жену и дѣтей", очевидно, слѣдуетъ понимать порученіе озаботиться объ оставшихся дѣтяхъ и женѣ. Иного смысла ему и придать невозможно. По отношеніи къ дѣтямъ, лицо, коему они приказаны, является опекуномъ—это общее мѣсто въ исторіи права. Но каково ихъ значеніе относительно жены, вдовы завѣщателя? Въ большинствѣ завѣщаній къ разсматриваемому выраженію прибавляется и „будь имъ печальникъ", напр.: „А приказываю тобѣ сыну своему Семену братью твою молодшую и княгиню свою съ меншими дѣтми, по Бозѣ ты будешь имъ *печальникъ*". Значитъ эти лица суть печальники, и значеніе ихъ выяснено нашими учеными; они не были опекунами вдовъ: половой опеки, каковою она является въ древне-германскомъ правѣ, не знала древне-русская жизнь; печальники были просто лица, назначенныя завѣщателемъ покровительствовать вдовамъ,

---

[1]) Мейеръ—Русское гражданское право, стр. 633.

[2]) Полежаевъ—О духовныхъ завѣщаніяхъ, Арх. Калачева, 1858 г. № 1, стр. 25.

помогать имъ совѣтами въ затруднительныхъ положенія и т. п., словомъ, имѣли чисто нравственное значеніе; въ какія-либо юридическія отношенія, подобныя отношеніямъ опекуна съ малолѣтнимъ, они съ вдовами не вступали; относительно этого Неволинъ говоритъ слѣдующее: „въ древнія времена князья и частныя лица поручали своихъ вдовъ особымъ печальникамъ или другимъ лицамъ, но вдовы черезъ это нисколько не стѣснялись въ своихъ гражданскихъ правахъ“ [1]). Проф. Шпилевскій того же мнѣнія [2]). Значитъ этихъ приказчиковъ вдовъ и дѣтей завѣщателя слѣдуетъ считать а) опекунами малолѣтнихъ и b) печальниками, т.-е. защитниками вдовъ, но никакъ не опекунами ихъ.

Другое, встрѣчающееся выраженіе для насъ особенно интересно—„приказываю душу такому-то“. Лицо, коему приказывается душа, какъ показываетъ уже самое выраженіе, называлось—душеприкащикомъ. Но производство этого термина возбудило разногласіе въ нашей юридической литературѣ. Неволинъ и Калачевъ производятъ его отъ приказа *души* умершаго другому лицу, т.-е. понимаютъ это, какъ дачу порученія религіознаго свойства, направленнаго къ заботѣ о душѣ покойнаго,—заботѣ, выражающейся въ совершеніи различныхъ богослужебныхъ и богоугодныхъ дѣйствій, почти всегда сопряженныхъ съ денежными расходами. Такъ, Калачевъ говоритъ, что „завѣщатель приказывалъ свою душу извѣстному лицу, дабы оно молилось за него, заказывало обѣдни, панихиды и проч. [3]). Неволинъ полагаетъ, что завѣщатель назначалъ лицъ (душеприкащиковъ) для исполненія распоряженій, сдѣланныхъ имъ для спасенія своей души [4]). Противъ этихъ справедливыхъ мнѣній возражалъ Лешковъ [5]). Онъ производитъ „душеприкащика“ отъ „приказа всего оставленнаго въ семъ мірѣ *душѣ исполнителя*“, т.-е. это слѣдуетъ понимать какъ приказъ, порученіе, данное завѣщателемъ лицу позаботиться объ оставшейся семьѣ, о приведеніи въ порядокъ дѣлъ завѣщателя и т. п., предоставляя эти дѣйствія вполнѣ совѣсти, душѣ прикащика, исполнителя. Въ этомъ толкованіи видна полнѣйшая тенденціозность, т.-е. желаніе во чтобы то ни стало доказать предвзятую мысль, хотя бы это стоило искаженія источниковъ. Нужно замѣтить, что этотъ взглядъ ученаго былъ имъ выраженъ въ полемикѣ съ Калачевымъ и понадобился, какъ доказательство безотчетности душеприкащиковъ спокон вѣка. Лешковъ былъ введенъ въ заблужденіе тѣмъ, что съ приказомъ души соединялись почти всегда приказы жены, дѣтей, имущества. По нашему мнѣнію слѣдуетъ отличить первоначальное происхожденіе слова отъ позднѣйшаго его значенія. Напримѣръ, возьмемъ какое-либо учрежденіе, отправляющее нѣсколько различныхъ функцій; очень часто названіе ему дано по одной изъ нихъ, по первоначальной. Если же намъ придется изслѣдовать названія этого учрежденія, то мы должны будемъ обратиться къ той функціи, отъ которой оно произошло, и не искать происхожденіе названія въ остальныхъ функціяхъ. Изъ-за того, что печальничество и другія дѣйствія почти всегда соединялись въ одномъ лицѣ съ душеприкащичествомъ Лешковъ отрицаетъ происхожденіе послѣдняго наименованія отъ дѣйствительнаго факта „приказа души“, силясь произвести его отъ совокупности отправленій, приданныхъ этому институту впослѣдствіи. Чтобы убѣдиться въ вѣрности противоположнаго взгляда, стоитъ только припомнить часто встрѣчающееся въ древнихъ духовныхъ выраженіе по „душѣ“, не относя-

---

[1]) Собр. г. гр. и д. № 22 (завѣщ. Ивана Калиты).

[2]) Неволинъ—Ист. россійск. гражд. зак., т. 1, стр. 329.

[3]) Шпилевскій—Семейныя власти у др. слав. и герм., стр. 387.

[4]) Калачевъ—Юридич. Вѣстн. 1867 г. № 4, стр. 112.

[5]) Неволинъ—Ист. гр. зак., т. 3, стр. 300.

[6]) Юрид. Вѣстн. 1867 г., № 4, стр. 153.

щееся въ душеприкащичеству; завѣщатель и въ другихъ случаяхъ не назначая душеприкащика употребляетъ слово „душу" въ подобномъ же смыслѣ, какъ въ приказѣ, напр.: А по своей души далъ есть—село такое-то, или столько-то денегъ, или, по душѣ своей правити велѣлъ есми дать съ Николы попу Ивану рубль и т. д. Очевидно, это выраженіе по „душѣ" означаетъ религіозный характеръ дѣйствій, направленныхъ къ спасенію души, т.-е. панихидъ, обѣденъ и т. п.; слѣдовательно, и подъ приказомъ души слѣдуетъ понимать такого рода дѣйствія, а подъ приказщиками души или душеприкащиками лицъ, коимъ они поручаются.

Но въ чисто религіозномъ смыслѣ душеприкащичество проявляется въ жизни весьма рѣдко. Иначе говоря, рѣже всего душеприкащичество является въ видѣ самостоятельномъ; по крайней мѣрѣ, сколько намъ извѣстно, число подобныхъ случаевъ весьма ограничено. Мы имѣемъ передъ собою завѣщаніе, хотя и позднѣйшаго времени, именно XVII вѣка, изъ котораго можно себѣ составить приблизительное понятіе о душеприкащичествѣ въ тѣсномъ смыслѣ. Завѣщаніе написано передъ уходомъ на войну. „А буде волею Божіею, говорится въ немъ, мнѣ на этой службѣ учинится смертный часъ и я, Илья, приказываю душу свою строить и поминать господамъ своимъ и сродникамъ Іосифу Васильеву Сѣдово и на поминъ души моей душеприкащикамъ моимъ раздать 500 руб. изъ наличныхъ моихъ денегъ, которыя положилъ на соблюденіе у братьевъ моихъ Алексѣя и Ивана меньшого и по которымъ церквамъ и на сколько церквей дать почему и о томъ о всемъ полагаюсь на волю душеприкащиковъ своихъ и отцу моему духовному дать 10 руб." [1]). Въ этомъ завѣщаніи, какъ видно, душеприкащики назначены съ одною религіозною цѣлью и какъ бы отдѣлены отъ исполнителей остальныхъ частей его; лишь одному изъ нихъ Сѣдово поручается взять деньги и дать ихъ остальнымъ. Далѣе, говорится о пожиткахъ, отказываемыхъ завѣщателемъ невѣсткѣ и внукѣ; имъ прямо устраняется всякое вмѣшательство постороннихъ лицъ, а, слѣдовательно, и душеприкащиковъ: „никому до тѣхъ пожитковъ дѣла нѣтъ и не вступаться"; но вмѣшательство душеприкащика допущено завѣщателемъ лишь въ томъ случаѣ, когда внука его „не станетъ"; въ этомъ случаѣ „взять половину у невѣстки моей вдовы Анны душеприкащикомъ моимъ въ поминаніи души моей". Въ этомъ завѣщаніи весьма рельефно выступаетъ душеприкащичество въ тѣсномъ смыслѣ; но оно, какъ сказано, составляетъ совершенно исключительное явленіе; даже, можно сказать, чаще встрѣчаются завѣщанія безъ душеприкащиковъ, чѣмъ съ душеприкащикомъ въ столь узкомъ значеніи.

Обыкновенное душеприкащичество въ тѣсномъ смыслѣ соединяется въ одномъ лицѣ съ опекою, печальничествомъ и всякими другими порученіями юридическаго характера. Что касается случаевъ этого соединенія съ печальничествомъ и опекою, то они встрѣчаются весьма часто. Выражается это обыкновенно такимъ образомъ: „А приказываю есми свою душу и свою жену и дѣтей такому-то" [2]) или: „А приказываю по своемъ животѣ свою жену и свои дѣти своему свату... и по душѣ своей правити..." [3]). Но весьма характерно одно завѣщаніе XIV вѣка, въ коемъ говорится: „и другую половину живота моего въ землѣ и водѣ ты братъ Григорій испродай да впиши во вседневіе службы отца моего и матерь мою и меня, а остаткомъ и ты о насъ помяни" [4]). Очевидно здѣсь Григорій—душеприкащикъ брата въ тѣсномъ

---

[1]) Акты Калачева, т. I., дух. 84, II.

[2]) Акты юридич. № 410.

[3]) Ibid. № 412.

[4]) Ibid. № 409.

смыслѣ: ему поручаются дѣйствія чисто религіознаго свойства. Но этотъ душеприкащикъ въ тоже время опекунъ, ибо завѣщатель говоритъ: „доколѣ сынъ мой Федоръ подростетъ, а дотолѣ ѣздитъ по моимъ селамъ братъ мой Григорій въ моемъ мѣстѣ и людьми моими правитъ“: что этотъ Григорій опекунъ —это безспорно; и проф. Шпилевскій смотритъ на него такимъ же образомъ [1]).

Подобнаго рода опекуны-душеприкащики, какъ мы замѣтили выше, встрѣчаются весьма часто. Оно и понятно: завѣщатель выбираетъ для поминанія своей души и т. п. дѣйствій лицо уважаемое, достойное довѣрія и оставляя послѣ себя семейство, естественно поручаетъ заботу о немъ этому довѣренному лицу.

Не менѣе часты случаи соединенія душеприкащичества въ тѣсномъ смыслѣ съ порученіями всякихъ другихъ юридическихъ дѣйствій. Такъ въ одномъ завѣщаніи говорится „чтобы государь мой съ моей вотчины душу помянулъ и долгъ заплатилъ“ [2]) или въ другомъ поручается „собрати и роздати и душу помянуть“ [3]) или душеприкащику назначается „платити и слободу брати“ [4]). „А приказываю, говорится въ одномъ завѣщаніи XV вѣка, все дати и взяти и душу поминати такому-то“; это „дати“ и „взяти“ заключаются въ слѣдующемъ: „прикащики сберутъ и дадутъ женѣ“, „прикащики мои тѣ люди отпустятъ на свободу“ и т. д. „А по своей души, читаемъ въ одномъ весьма любопытномъ завѣщаніи, далъ есть село Игнатьевское да три пчелы стаи Троицѣ и монастырь. А приказываю есмь свою жену и свои дѣти и гдѣ што взять, кому што дать брату своему Костенѣ“ [5]) Костенъ здѣсь и душеприкащикъ въ тѣсномъ смыслѣ, ибо онъ долженъ отдать село монастырю; но эта обязанность вытекаетъ не изъ особаго порученія, а входя въ составъ завѣщанія вмѣстѣ съ другими порученіями, должно быть имъ исполнено; оно входитъ въ опредѣленіе „дати и взяти“.

Этихъ фактовъ кажется достаточно для установленія дѣленія душеприкащичества на слѣдующіе виды: a) душеприкащичество въ тѣсномъ смыслѣ, b) душ. въ соединеніи съ опекою и печальничествомъ, c) душ. въ соединеніи съ другими порученіями юридическаго свойства.

Еще слѣдуетъ разрѣшить вопросъ: какими гарантіями было обставлено у насъ въ древнія времена исполненіе душеприкащикомъ завѣщательнаго распоряженія? Въ силу сложившихся жизненныхъ условій, душеприкащикъ является у насъ лицемъ отвѣтственнымъ; мы говоримъ *въ силу сложившихся жизненныхъ условій*, ибо особыхъ опредѣленій писаннаго права относительно ихъ не было, но благодаря, наприм., тому, что опекунъ всегда становился отвѣтственнымъ передъ родомъ или благодаря вмѣшательству суда церковнаго въ завѣщательное отношеніе и т. п., душеприкащичество обставлялось извѣстнымъ контролемъ. Конечно, это не можетъ быть сказано относительно всѣхъ эпохъ, все зависѣло отъ того, въ какое время, какое изъ гарантирующихъ обстоятельствъ проявлялось сильнѣе. Сказать безусловно, какъ Лешковъ, что душеприкащикъ всегда былъ безотвѣтственъ или какъ Калачевъ, видящій полную стройность въ юридическихъ отношеніяхъ древней Руси, что душеприкащикъ былъ строго отвѣтственъ—никакъ нельзя. Все зависѣло отъ обстоятельствъ времени.

Относительно душеприкащичества въ тѣсномъ смыслѣ, конечно, въ иныхъ случаяхъ ускользалъ всякій контроль; наприм., мы видѣли, что душеприкащику давались деньги, дабы онъ заказывалъ обѣдни, панихиды и т. д.,—

[1]) Шпилевскій н. с., стр. 301.
[2]) Собр. г. гр. и дос. т. I, 412.
[3]) Ак. юр. 412.
[4]) Ibid., 415.
[5]) Ibid. 414.

гдѣ-жъ тутъ требовать отъ него въ этомъ отчета? Но мы видѣли также, что завѣщатель назначалъ отказы церквамъ и монастырямъ—эти порученія душеприкащика должны были быть исполнены имъ, ибо церковь, которая утверждала и часто хранила завѣщанія, была заинтересована въ исполненіи и часто требовала его.

Что касается опекуновъ душеприкащиковъ, то они по общему воззрѣнію на опеку, какъ на учрежденіе семейно-родовое, находились подъ надзоромъ. „Въ силу господствовавшаго начала союза родственной защиты, говоритъ проф. Шпилевскій, которая принадлежала цѣлому роду, опекунъ былъ только органомъ послѣдняго; установленіе опеки не устраняло другихъ родственниковъ отъ участія въ судьбѣ малолѣтняго; опись имущества составлялась при родственникахъ: по „Русской Правдѣ“ „передъ людьми“, подъ которыми прежде всего слѣдуетъ понимать родственниковъ“ [1]). Если таковой надзоръ былъ во времена „Русской Правды“, то во времена послѣдующія, съ ослабленіемъ родовыхъ отношеній, этотъ надзоръ естественно долженъ былъ ослабѣть и даже совершенно исчезнуть. Но тогда, какъ увидимъ ниже, церковь приняла малютокъ подъ свою защиту.

Что, касается, наконецъ душеприкащичества третьяго вида, т.-е. въ соединеніи съ порученіями юридическаго характера, какъ-то: уплатой долговъ, передачей имущества наслѣдникамъ и т. п., то относительно этихъ дѣйствій, душеприкащикъ становился отвѣтственнымъ передъ заинтересованными лицами, которыя находили признаніе своихъ правъ въ судѣ церкви съ самаго начала введенія христіанства. Лицо, пострадавшее отъ неисполненія или не надлежащаго исполненія воли завѣщателя, получаю право иска на душеприкащика. Церкви были подвѣдомственны споры по завѣщаніямъ, а слѣдовательно и споры наслѣдниковъ и другихъ лицъ съ душеприкащиками [2]).

Обращаясь къ памятникамъ законодательство, мы находимъ крайнюю скудость опредѣленій о душеприкащикахъ. Сколько намъ извѣстно, объ изслѣдуемомъ нами предметѣ только говорится: a) нѣсколько словъ въ „Законѣ судномъ людямъ“, b) въ указѣ 1557 г., c) въ XX главѣ Уложенія 1649 г., d) въ указѣ 1657 г., e) въ § 46 Инструкціи магистрату 1724 г.

Относительно „Закона суднаго людямъ“ нужно замѣтить, что во главѣ „о умираньи“ говорится, что завѣщатель назначаетъ исполнителя своей послѣдней воли, называемаго испоручникомъ, на обязанности котораго лежитъ распоряженіе имуществомъ умершаго, согласно выраженному послѣднимъ желанію въ присутствіи 7-ми свидѣтелей или послуховъ. Этотъ законъ, столь широко понимающій душеприкащичество, имѣлъ лишь, такъ сказать, бумажное значеніе и въ юридическомъ быту ужъ никакъ не могъ быть принятъ и дѣйствительно, какъ показываютъ факты, не былъ принятъ. Во-первыхъ, самое слово „испоручникъ“ не вошло въ употребленіе: нигдѣ о немъ не упоминается; во-вторыхъ, имѣющіяся у насъ подъ рукою древнія завѣщанія указываютъ, что число свидѣтелей рѣдко доходило до пяти. Уже на основаніи этихъ данныхъ можно заключить, что греческій законъ не имѣлъ рѣшительно никакого жизненнаго значенія. Онъ въ этомъ отношеніи раздѣляетъ судьбу другихъ греческихъ законовъ, касающихся завѣщательнаго права. Нельзя не согласиться съ мнѣніемъ Полежаева, что „первоначальное составленіе завѣщанія, равно какъ и исполненіе его, жило и развивалось по обычаю; потомъ, хотя духовенство и положило свою печать на этотъ актъ умирающаго, но все-таки требованія греческихъ постановленій, по крайней мѣрѣ

---

[1]) Шпилевскій—н. с.; стр. 313.

[2]) Неволинъ. О простр. церк. суда, стр. 345 и слѣд.

[3]) Полежаевъ н. с. стр. 82.

до позднѣйшаго времени, несоблюдались" [1]). На основаніи вышесказаннаго мы, кажется, вправѣ игнорировать существованіе этого закона.

Въ 1557 г. января 2 царь Іоаннъ IV издалъ указъ, на основаніи котораго мужу запрещается быть душеприкащикомъ жены, подъ опасеніемъ недѣйствительности завѣщанія. Законодатель тутъ имѣлъ въ виду ту полную зависимость, въ которой находилась жена отъ мужа, могущаго повліять на самое назначеніе [1]). Но чѣмъ же объясняется желаніе мужа быть душеприкащикомъ жены? Достаточнымъ доказательствомъ тому, что оно, т.-е. желаніе, дѣйствительно имѣло мѣсто, можетъ служить уже одинъ фактъ существованія вышеприведеннаго закона. Что же было привлекательнаго въ званіи душеприкащика, доходившаго до того, что мужъ пускалъ въ ходъ свою власть надъ женою, чтобъ быть назначеннымъ? Кажется, слѣдуетъ допустить возможность злоупотребленія полномочіемъ, даннымъ душеприкащику. Но мы нѣсколько выше сказали, что благодаря извѣстному складу жизненныхъ условій, душеприкащикъ былъ отвѣтственъ, т.-е. предупреждались злоупотребленія съ его стороны. Въ данномъ случаѣ, въ XVI столѣтіи, тѣ гарантирующія обстоятельства, о которыхъ мы говорили, значительно ослабли, контроль церкви сталъ ослабѣвать, въ силу появляющихся ограниченій отказовъ въ ея пользу; родъ, въ случаяхъ соединенія душеприкащичества съ опекою, вмѣшиваться не могъ, такъ какъ опекуномъ былъ самъ отецъ, въ дѣйствія котораго родъ едва ли когда либо считалъ себя вправѣ вмѣшиваться. Оставался, значитъ, контроль, т.-е. право иска, лицъ, означенныхъ въ завѣщаніи; но очевидно не этотъ видъ душеприкащичества имѣлъ въ виду указъ Іоанна, а душеприкащичество въ тѣсномъ смыслѣ, ускользающее отъ контроля. Мужъ, въ силу своей власти, могъ приказать женѣ передать все ея имущество на поминъ души, т.-е., иначе говоря, принудить ее сдѣлать его собственникомъ оставшагося имѣнія. Такимъ образомъ, запрещая назначеніе мужа душеприкащикомъ жены, законъ тѣмъ какъ бы выразился противъ всякаго принудительнаго назначенія.

Безъ малаго сто лѣтъ спустя, въ 1649 году, Алексѣй Михайловичъ въ своемъ Уложеніи помѣстилъ весьма раціональное опредѣленіе касательно душеприкащиковъ. Какъ извѣстно и при Алексѣѣ Михайловичѣ существовалъ судъ церковный, который разсматривалъ дѣла и споры по духовнымъ завѣщаніямъ; а слѣдовательно и лица, обиженныя душеприкащикомъ имѣли право иска противъ него. Но положеніе холоповъ, въ тѣ времена, было конечно исключительное и исполнителю завѣщанія ничего не стоило не выполнить распоряженій, касающихся этихъ лицъ; послѣдніе могли и не знать о томъ, что о нихъ идетъ рѣчь въ завѣщаніи, а если и знали, то часто лишены были возможности отстаивать свои права. Случаи подобнаго неисполненія должно быть часто повторялись, ибо, какъ извѣстно, каждый имущій завѣщатель отпускалъ на волю часть своихъ холоповъ; вотъ въ виду злоупотребленій подобнаго рода, Уложеніе и постановляетъ:

„А будетъ кто прикажетъ (говорится въ ст. 14, XX главы), дѣтямъ своимъ, или братьѣ, или прикащикомъ по смерти своей кабальныхъ своихъ людей отпустити на волю, и тѣ дѣти его, или братья, или прикащики тѣхъ его людей на волю не отпустятъ, и похотятъ ихъ у себя удержати и тѣмъ людемъ, которыхъ послѣ умершаго дѣти его, или братья, или прикащики на волю не отпустятъ, бити челомъ на нихъ Государю и о томъ подавати челобитныя въ Холопьѣ приказѣ". Холопьему же Приказу предписывается посылать приставовъ и этихъ нарушителей воли завѣщателя „ставить съ тѣми челобитниками съ очей на очи и, разспрашивая, велѣть тѣмъ холопемъ давати отпускныя безъ всякаго задержанія".

---

[1]) Ак. истор. т. 1, стр. 257.

Сомнѣнія насчетъ тождественности выраженій „прикащики“ и „душеприкащики“ было уже возбуждено Калачевымъ. И дѣйствительно, иногда подъ „прикащикомъ“ понималось лицо, которому назначается имущество; въ разсмотрѣнныхъ нами выше завѣщаніяхъ встрѣтили выраженіе: „приказываю животъ“. Эти прикащики суть наслѣдники. Но что въ данномъ случаѣ подъ прикащикомъ понимается не наслѣдникъ, а душеприкащикъ, въ этомъ убѣждаетъ насъ одна изъ послѣдующихъ статей Уложенія, именно 53-я. Въ ней говорится: „А кто стариннаго своего холопа или рабу отпуститъ на волю при себѣ, или по смерти его такихъ старинныхъ холопей по его приказу отпустятъ *прикащики* его и впредь до тѣхъ людей, дѣтемъ его и братіи и племенникомъ дѣла нѣтъ“. Еслибъ подъ прикащиками разумѣлись наслѣдники, то вмѣсто „дѣтемъ, братіи и племянникомъ“ было бы сказано „имъ“, но здѣсь именно отдѣлено выраженіе „прикащики“, обязанность коихъ заключается въ исполненіи завѣщанія, отъ наслѣдниковъ которые не смѣютъ препятствовать этому исполненію. Неволинъ всегда отождествляетъ душеприкащиковъ съ прикащиками [1]).

Далѣе, изъ новоуказанныхъ статей 1657 года узнаемъ, что дѣла, касающіяся душеприкащиковъ были подвѣдомственны Патріаршему Приказу, вѣдавшему вообще опекунскія дѣла, что существовало запрещеніе душеприкащику брать за себя жену умершаго завѣщателя и т. д. Неволинъ полагаетъ, что это запрещеніе находится въ связи съ греко-римскими законами объ опекѣ [2]). Но какъ бы то ни было, изъ этого указа мы видимъ, что душеприкащикъ-опекунъ былъ на обще-опекунскомъ основаніи подчиненъ Приказу. Это положеніе имѣетъ для насъ и то значеніе, что указываетъ на замѣну родовой защиты, въ XVII в., защитою церкви, въ зависимыя отношенія къ которой становился душеприкащикъ.

Законодательство Петра Великаго, касательно занимающаго насъ института, имѣетъ такое же значеніе, какъ всѣ вообще постановленія объ опекунахъ — никакъ не болѣе. Хотя въ 46 § Инструкціи Магистрату, 1724 года, и говорится о „душеприкащикахъ“, но это выраженіе употреблено совершенно неумѣстно. Въ этомъ законодательномъ актѣ говорится о чистой опекѣ, которая переводится изъ вѣдомства церкви въ вѣдомство магистрата. Это видно уже изъ начальныхъ словъ §: „Ежели по смерти котораго гражданина останутся малыя дѣти и купечество содержать еще до возраста своего не могутъ“ и т. д.

На основаніи приведеннаго историческаго очерка русскаго душеприкащичества, мы вправѣ выставить слѣдующее положеніе: въ древнія времена душеприкащичество весьма рѣдко понималось въ узкомъ смыслѣ религіозно-нравственнаго порученія, но, какъ обязательство, имѣло объектомъ своимъ болѣе или менѣе полное исполненіе воли вообще, т.-е. рядъ порученій, включая сюда и опеку, въ совокупности съ порученіями религіознаго характера. Этого взгляда придерживались и Неволинъ, и Калачевъ, хотя фактически онъ и не былъ ими доказанъ и не вполнѣ категорически выраженъ. Первый говоритъ: „Обыкновенно въ самыхъ духовныхъ завѣщаніяхъ назначались лица, которымъ завѣщатель приказывалъ свою душу, поручая имъ исполненіе послѣдней воли и особенно распоряженій, дѣлаемыхъ завѣщателемъ для своей души“ [3]). Значитъ порученія о душѣ давались особенно, *въ особенности,* а *вообще* поручалось ему исполненіе послѣдней воли. Калачевъ говоритъ еще опредѣлительнѣе: „Имъ (т.-е. душеприкащикамъ) ввѣрялись религіозные и нравственные интересы, какъ его (завѣщателя) самого, такъ и домочадцевъ, затѣмъ душе-

[1]) Неволинъ—О пространствѣ церковнаго суда, стр. 345.

[2]) Ibid. стр. 346, пр. 253.

[3]) Неволинъ—Исторія г. з. т. 3, стр. 301.

прикащику поручалось умирающимъ исполненіе порученій съ характеромъ имущественнымъ, вообще юридическаго свойства“ [1]).

## Моменты внутренняго развитія душеприкащичества.

Изслѣдованіе душеприкащичества, какъ и всякаго другого обязательства, должно логически распадаться на три существенныя части: возникновеніе его, теченіе или юридическія отношенія изъ него вытекающія и прекращеніе. Согласно этому, сначала мы разсмотримъ условія возникновенія душеприкащичества, затѣмъ юридическое положеніе душеприкащика и наконецъ способы прекращенія душеприкащичества.

### А. Условія возникновенія душеприкащичества.

Эти условія касаются a) лицъ вступающихъ въ обязательство, b) имущества, по поводу коего дѣйствуетъ душеприкащикъ, c) предмета обязательства, т.-е. дѣйствій поручаемыхъ душеприкащикамъ, d) способа и формы установленія. Но эти условія будутъ нами разсматриваемы, конечно, со стороны спеціальной, на сколько они отступаютъ отъ общихъ всѣмъ обязательствамъ условій. Поэтому говоря: 1) о лицахъ, мы будемъ имѣть въ виду лишь одного душеприкащика, а не завѣщателя, наслѣдника или другихъ лицъ, 2) объ установленіи душеприкащичества, — мы сначала укажемъ на формы назначенія и полномочій душеприкащика, затѣмъ на условія принятія имъ званія и утвержденія со стороны государства, и наконецъ 3) говоря о принятіи душеприкащикомъ имущества, мы лишь укажемъ на необходимость этого условія въ виду возможности удовлетворенія лицъ, имѣющихъ на это имущество право. 4) О предметѣ обязательства, т.-е. о дѣйствіяхъ, поручаемыхъ душеприкащику, мы не считаемъ нужнымъ говорить въ этой главѣ; упомянемъ лишь здѣсь, что эти дѣйствія, въ смыслѣ условій возникновенія обязательства, должны быть не противузаконны; указаніе на нѣкоторые случаи, сюда относящіеся будетъ сдѣлано во главѣ о юридическомъ положеніи душеприкащика.

#### 1) Правоспособность лица, назначеннаго душеприкащикомъ.

Примѣненіе началъ, принятыхъ въ общемъ ученіи объ обязательствахъ касательно условій, требуемыхъ отъ лицъ вступающихъ въ нихъ, можетъ, какъ показываютъ законодательства, имѣть мѣсто и въ душеприкащичествѣ, хотя въ каждомъ законодательствѣ имѣется рядъ ограниченій, спеціально принадлежащихъ душеприкащичеству; но это не мѣшаетъ приложенію общихъ началъ. Безелеръ выставляетъ такое положеніе относительно лицъ: „кто не можетъ представлять (vertreten) самаго себя, не можетъ и быть представителемъ“ [2]). Это самопредставительство и есть способность безъ посредства другаго лица, вступать въ обязательства; кто обладаетъ этою способностью можетъ быть, по мнѣнію этого ученаго, душеприкащикомъ. Постановленія большинства кодексовъ, ставя условіемъ лица, назначаемаго душеприкащикомъ, право вступленія въ обязательство, въ этомъ отношеніи совершенно сходятся съ теоріею. Французскій и итальянскій кодексы прямо высказыва-

---

[1]) Юрид. В. 1867, № 4, стр. 122.

[2]) Beseler—н. с. стр. 201.

ются относительно этого—кто не вправѣ обязываться не можетъ быть и душеприкащикомъ. Прусское земское уложеніе и австрійскій кодексъ несомнѣнно придерживаются того-же воззрѣнія, называя душеприкащика повѣреннымъ. Изъ этого послѣдняго положенія можно сдѣлать выводъ, что условія правоспособности повѣреннаго примѣняются и къ душеприкащичеству, обращаясь же къ соотвѣтствующимъ правиломъ, мы находимъ въ прусскомъ и австрійскомъ уложеніяхъ указаніе на то, что быть повѣренными могутъ лишь лица способныя вступать вообще въ договоры [1]). Въ германскомъ проэктѣ требуется вообще дѣеспособность [2]). Но выставляя общее правило кодексы указываютъ и на спеціальныя ограниченія.

Что касается этихъ ограниченій, то по французскому кодексу они прямо касаются: а) малолѣтнихъ и b) замужнихъ женщинъ. Относительно первыхъ онъ постановляетъ, что они не могутъ быть душеприкащиками даже съ согласія попечителей [3]), а итальянское уложеніе прибавляетъ къ этому: „даже съ согласія отца“ [4]). Относительно женщинъ французскій кодексъ постановляетъ, что они могутъ быть душеприкащиками *лишь съ согласія мужа*. Въ основѣ этого ограниченія лежитъ, съ одной стороны, общность имуществъ супруговъ, съ другой — необходимость имущественной отвѣтственности душеприкащика, въ случаѣ злоупотребленія переданнымъ его завѣдыванію имуществомъ. Если жена—душеприкащица растратитъ это имущество, то въ виду общности ея имущества съ имуществомъ мужа, взысканіе зачастую станетъ невозможнымъ или пострадаетъ невинное лицо—мужъ. Такъ что, это согласіе мужа, имѣетъ тотъ смыслъ, что онъ готовъ отвѣчать своимъ имуществомъ въ случаѣ надобности—это своего рода поручительство. Но французскій кодексъ не хочетъ сознаться въ этомъ; эта матеріальная, имущественная основа, на которой построено требованіе согласія мужа, не прямо имъ признается—онъ требуетъ согласія и въ случаѣ раздѣльности имуществъ. Очевидно это требуется для поддержанія принципа зависимости жены отъ мужа. Это требованіе согласія мужа въ случаѣ раздѣльности имуществъ, не болѣе какъ пустая фраза, ибо на основаніи того-же кодекса [5]), въ случаѣ отказа мужа при раздѣльности имущества въ согласіи на вступленіе ея въ обязательственныя отношенія таковое дается судомъ. Итальянское уложеніе, представляющее собою сколокъ съ французскаго, упустило всѣ опредѣленія, касающіяся ограниченій въ правѣ женщинъ быть душеприкащиками. Прусское право, какъ видно изъ рескрипта 19 мая 1804 г., въ силу признанія за женщиною ограниченной правоспособности, не допускаетъ ее къ душеприкащичеству. Мотивомъ этого выставляется то положеніе, что лицо, имѣющее право вступать въ сдѣлки вообще съ согласія третьяго лица, не въ правѣ прибѣгать къ этому въ договорѣ довѣренности, а слѣдовательно въ душеприкащичествѣ. Но по мнѣнію коментаторовъ уложенія условная правоспособность замужнихъ женщинъ должна быть въ этомъ случаѣ признана—онѣ могутъ быть душеприкащицами съ согласія мужа: Рескриптъ 19 мая 1804, запрещающій имъ быть душеприкащицами, какъ основанный на ошибочныхъ соображеніяхъ, признается доктриною неимѣющимъ никакой силы и значенія [6]).

Обращаясь къ русскому законодательству, мы находимъ лишь одно спеціальное ограниченіе касательно карантинныхъ чиновниковъ. На основаніи

---

[1]) Landr. T. I. t. 13 § 30 Bürg. Gesetzb. § 816.
[2]) Entw. § 1891.
[3]) Cod. c. art. 1030.
[4]) Cod. civ. it. art. 1010.
[5]) Code civil art. 218.
[6]) Förster. н. с., стр. 181. Sturm, н. с., стр. 116.

1085 ст. X т. ч. 1, „никто изъ служащихъ въ карантинныхъ учрежденіяхъ не имѣетъ права быть душеприкащикомъ лица, выдерживающаго карантинъ". Это положеніе не требуетъ съ нашей стороны какихъ либо замѣчаній, ибо основано на принятомъ нашимъ законодательствомъ воззрѣніи на отношенія между карантинными чиновниками и лицами, выдерживающими карантинъ. Но изъ того, что наши гражданскіе законы, болѣе никакихъ опредѣленій о качествахъ лица душеприкащика не даютъ, не слѣдуетъ выводить, что всякое лицо можетъ быть душеприкащикомъ. „Едва ли было бы дѣйствительно, говоритъ г. Побѣдоносцевъ, назначеніе душеприкащика изъ такихъ лицъ, кои не имѣютъ права обязываться договорами". Съ этимъ нельзя не согласиться уже потому что душеприкащикъ есть представитель завѣщателя, есть по терминологіи нашего закона, повѣренный, а на основаніи 2294 ст. 1 ч. X т. повѣренными могутъ быть тѣ, коимъ по закону не воспрещено вступать въ договоры. Статья эта однако содержитъ въ себѣ оговорку, по которой изъяты отъ дѣйствія общаго правила лишь случаи въ законѣ указанные.

Подобно другимъ и нашему праву не противно назначеніе душеприкащика изъ числа наслѣдниковъ. Того же мнѣнія и г. Побѣдоносцевъ [1]. Да оно иначе и не можетъ быть, если только исполненіе завѣщанія является не какъ слѣдствіе или причина пріобрѣтаемыхъ лицомъ правъ на имущество, а какъ результатъ особо даннаго, самостоятельнаго порученія. Но мы считаемъ не лишнимъ здѣсь указать на одно рѣшеніе кассаціоннаго департамента, изъ котораго, при извѣстномъ предположеніи, можетъ быть сдѣланъ выводъ противуположнаго свойства. Сенатъ (Ж. М. Ю. 1866 г. № 7) высказался въ томъ смыслѣ, что всякое лицо, на которое возлагаются какія-либо обязанности по исполненію завѣщанія, *если только это лицо не есть самъ наслѣдникъ*, признается душеприкащикомъ. Отсюда вытекаетъ, что если исполненіе завѣщанія *возложено,* хотя бы по особому полномочію, на одного изъ наслѣдниковъ, то онъ не признается душеприкащикомъ. Вмѣсто мотивовъ сенатъ просто указываетъ, что это вытекаетъ изъ смысла 1084 ст., говорящей, что завѣщаніе исполняется: 1) душеприкащиками и 2) наслѣдниками, по волѣ завѣщателя. Очевидно это недоразумѣніе, происшедшее отъ неудачной редакціи рѣшенія. Еслибъ вмѣсто приведеннаго выраженія поставить такое: „если только это лицо не обязано исполнять порученія въ качествѣ наслѣдника", то никакое недоразумѣніе не могло бы имѣть мѣсто.

Затѣмъ, наше законодательство запрещаетъ совмѣщеніе въ одномъ лицѣ душеприкащика и свидѣтеля по одному и тому же завѣщанію (ст. 1054). Нужно замѣтить, что это постановленіе чрезвычайно туго прививается къ жизни; это видно изъ рода сенатскихъ рѣшеній, повторяющихъ его; но существованіе его оправдывается нѣкоторыми болѣе или менѣе справедливыми соображеніями, въ основаніи своемъ тождественными съ мотивами подобнаго запрещенія относительно лицъ, получающихъ по завѣщанію наслѣдство. Существо свидѣтельства по завѣщанію сводится къ тому, что свидѣтели подтверждаютъ самоличность завѣщателя и присутствіе въ немъ „здраваго ума и твердой памяти"; а главное требованіе со стороны свидѣтеля, чтобы показанія его были лишены всякаго пристрастія; послѣднее же, можетъ быть предполагаемо въ томъ случаѣ, когда лицо получаетъ по завѣщанію извѣстную долю имущества. Для наслѣдника, коему передается имущество, конечно, весьма часто является выгоднымъ распоряженіе завѣщателя, и если ему дозволить быть свидѣтелемъ, то безпристрастіе его очевидно подкупается, и онъ для сохраненія своего интереса очень легко можетъ давать показаніе, противуположное дѣйствительности. Также и душеприкащикъ. Законъ не возбраняетъ дѣлать ему отказы

---

[1]) Ibid. стр. 517.

за труды, и при такомъ условіи, онъ, заинтересовываясь матеріально, будетъ, конечно, въ своихъ видахъ давать не совсѣмъ безпристрастное свидѣтельство, лишь-бы сохранить за собой извѣстныя выгоды. Мотивъ достаточно вѣскій.

Наконецъ, нельзя обойти молчаніемъ вопросъ о правѣ женщинъ быть душеприкащицами по смыслу нашего законодательства. Прямого запрещенія въ нашемъ законѣ не имѣется; и дѣйствительно, нѣтъ основанія подобному запрещенію: вѣдь можетъ-же она быть третейскимъ судьею, опекуншей и т. д.; наконецъ отсутствіе у насъ начала общности имущества супруговъ парализуетъ самый мотивъ ограниченія правъ женщинъ по другимъ законодательствамъ. Это даетъ намъ право признать законность назначенія ихъ душеприкащицами.

Въ заключеніе сдѣлаемъ нѣсколько замѣчаній по двумъ общимъ вопросамъ: во 1-хъ, могутъ-ли лица, необладающія testamenti factio passiva быть душеприкащиками, и во 2-хъ, можетъ-ли лицо, назначенное завѣщателемъ душеприкащикомъ въ моментъ ограниченной или зависимой правоспособности, съ пріобрѣтеніемъ послѣдней ко времени принятія званія, быть допущеннымъ къ исполненію завѣщанія?

Относительно перваго вопроса ученые (Цахаріэ [1]), Безелеръ [2]) и Ферстеръ [3]), необинуясь, выражаются въ пользу законности назначенія и не допускаютъ даже сомнѣнія на этотъ счетъ. И дѣйствительно, testamenti factio passiva, есть возможность пріобрѣтенія правъ на имущество по завѣщанію,— правъ, коихъ, какъ увидимъ ниже, душеприкащикъ не пріобрѣтаетъ, а принятіе на себя извѣстныхъ порученій, не связанныхъ съ правомъ на наслѣдство, не имѣетъ ничего общаго съ testamenti factio passiva. Но недоразумѣніе возникаетъ въ томъ случаѣ, когда душеприкащику сдѣланъ отказъ имущества. Строго-юридически разсуждая, онъ вправѣ принять званіе, но не отказъ. Однако французскіе цивилисты, напр., Тульѐ [4]), считаютъ въ этомъ случаѣ болѣе раціональнымъ не придерживаться строго-юридической логики и предлагаютъ смотрѣть на этотъ имущественный отказъ, не какъ на пріобрѣтеніе правъ по завѣщанію, а просто какъ на вознагражденіе за труды по исполненію завѣщательнаго порученія; лишать-же душеприкащика этого вознагражденія, въ силу того, что онъ лишенъ права пріобрѣтать по завѣщанію, они признаютъ неосновательнымъ.

Что касается второго вопроса, то и онъ рѣшается утвердительно. Это рѣшеніе основано, съ одной стороны, на признаніи душеприкащичества обязательствомъ, съ другой—на томъ, что оно считается возникшимъ съ момента принятія лицомъ званія. Общее правило гражданскаго права quod ab initio vitiosum est, tractu temporis convalescere non potest [5]), должно быть относимо не къ моменту назначенія, ибо съ назначенія еще не возникаетъ обязательства, а къ моменту принятія,—самое initium относится не къ первому, а ко второму. Потому-то юридическая послѣдовательность нисколько не будетъ нарушена, если законъ признаетъ душеприкащикомъ лицо, находившееся въ моментъ назначенія въ состояніи ограниченной правоспособности, но пріобрѣтшее ее къ моменту смерти завѣщателя; главное, лишь бы оно было правоспособно въ моментъ принятія. Исключеніями изъ послѣдняго положенія представляются тѣ случаи, когда запрещеніе лицу быть душеприкащикомъ основано на томъ предположеніи, что

---

[1]) Zachariae н. с., стр. 249.
[2]) Beseler, н. с. стр. 177.
[3]) Förster, н. с., стр 181.
[4]) Toullier—Le droit civil franç. etc t. V p. 602.
[5]) L. 29, D. de div. reg. jur. ant. 50, 17.

оно, благодаря своему положенію или состоянію, могло-бы оказать вліяніе на самый фактъ назначенія, имѣя въ виду собственную выгоду. Сюда могутъ быть отнесены ограниченія касательно назначенія мужей душеприкащиками женъ, нашихъ карантинныхъ чиновниковъ душеприкащиками лицъ, выдерживающихъ карантинъ и т. д. Здѣсь главное значеніе имѣетъ моментъ назначенія. То-же общее правило приложимо и къ обратному случаю, т.-е. если завѣщатель назначилъ душеприкащикомъ лицо вполнѣ правоспособное, то съ потерею послѣднимъ этой правоспособности къ моменту принятія назначеніе не можетъ быть признано законнымъ. Соотвѣтствующее правило принято проектомъ германскаго уложенія; оно гласитъ, что душеприкащикъ долженъ быть дѣеспособенъ въ то время, когда онъ, по волѣ завѣщателя, имѣетъ вступать въ отправленіе своей должности (das Amt anzutreten hat [1]); слѣдовательно если лицо ранѣе было недѣеспособно или потеряло дѣеспособность къ указанному моменту, то и душеприкащикомъ быть не можетъ.

### 2) Надлежащій способъ установленія душеприкащичества.

#### А. Форма назначенія душеприкащика и форма полномочій, ему данныхъ.

Съ развитіемъ письменности, завѣщательныя распоряженія получаютъ бо́льшую прочность. Въ завѣщаніи выражается вся воля лица касательно его имущества; сюда входитъ: передача правъ, наложеніе извѣстныхъ обязанностей, назначенія всякаго рода и т. п. О душеприкащикѣ, какъ лицѣ, входящемъ въ завѣщательное отношеніе, естественно должно быть упомянуто въ завѣщаніи. И дѣйствительно, относительно его завѣщанія содержатъ: во 1-хъ, его назначеніе, во 2-хъ, формулировку поручаемыхъ ему дѣйствій. Первое состоитъ въ томъ, что завѣщатель выражаетъ свое желаніе поручить такому-то лицу исполненіе своей послѣдней воли. Законодательству нѣтъ надобности распространяться о необходимости назначенія душеприкащика въ самомъ завѣщаніи (это какъ бы понимается само собою), но нѣкоторые кодексы [2]), какъ увидимъ, упоминаютъ объ этомъ, допуская назначеніе и внѣ завѣщанія, по нашему же праву имѣется въ виду назначеніе чрезъ письменное завѣщаніе, хотя формулировка дѣйствій, поручаемыхъ душеприкащику, можетъ быть совершена и независимо отъ завѣщанія. Второе т.-е. выраженіе данныхъ душеприкащику полномочій, очевидно состоитъ въ опредѣленіи завѣщателемъ ряда дѣйствій, осуществленіе которыхъ имъ возлагается на душеприкащика. Это-то и есть собственно содержаніе обязательства. Тутъ вмѣстѣ съ выраженіемъ, формулированіемъ предмета завѣщанія, формулируется предметъ обязательства — дѣйствія, требуемыя завѣщателемъ. Но не всегда имѣетъ мѣсто это совпаденіе въ полномъ объемѣ. Обыкновенно завѣщатель выражаетъ свои пожеланія, т.-е. опредѣляетъ: дать такому-то столько, взять у такого столько или эту вещь заложить и деньги употребить на то-то и т. д., затѣмъ говоритъ, что исполненіе всѣхъ этихъ дѣйствій возлагается на душеприкащика такого-то. Очевидно здѣсь предметъ обязательства, въ которое вступаетъ душеприкащикъ вполнѣ совпадаетъ съ предметомъ завѣщанія. Но могутъ быть и иного рода случаи. Завѣщатель, перечисливъ, какъ выше указано, рядъ дѣйствій, не упоминаетъ объ особомъ исполнителѣ (исполненіе ихъ принадлежитъ наслѣднику), а въ томъ же завѣ-

---

[1]) Entwurf. S. 1296.

[2]) Мы будемъ имѣть въ виду лишь назначеніе завѣщательное, а не исходящее отъ наслѣдниковъ или государства (признаваемое англійскимъ и саксонскимъ правомъ), ибо нашей юридической жизни ничего подобнаго несвойственно.

щаніи говоритъ: „душеприкащику такому-то поручаю такія-то выдачи, передачи“ и т. п. Тутъ предметъ обязательства и завѣщанія совпадаютъ далеко не въ полномъ объемѣ; первый составляетъ лишь часть второго, онъ является особымъ, специальнымъ порученіемъ: душеприкащикъ является исполнителемъ не всего завѣщанія, а части его.

Этотъ случай указываетъ на возможность полнаго отдѣленія акта, въ коемъ выражаются *порученія*, данныя душеприкащику, отъ самаго завѣщанія. Но спрашивается, возможно ли допустить эту разъединенность формъ, эту отдѣльность актовъ? Очевидно возможно, но лишь подъ двумя условіями: a) законности обоихъ актовъ и b) не противорѣчивости одного другому. Первое условіе заключается конечно въ требованіи, чтобы оба акта соотвѣтствовали законности формы завѣщательнаго распоряженія, оба они должны быть разсматриваемы какъ таковыя. И дѣйствительно, различія между ними, какъ актами послѣдней воли о судьбѣ имущества завѣщателя, не имѣется, оба по существу суть завѣщанія. О непротивурѣчивости ихъ, какъ условія, не можетъ быть и сомнѣнія—это два завѣщанія одновременно составленныя и разсматриваемыя какъ таковыя.

Западно-европейскія законодательства не упоминаютъ о случаяхъ подобнаго разъединенія; но это отсутствіе опредѣленій не исключаетъ возможности появленія подобныхъ случаевъ и ихъ законности. Наша старая практика допускала ихъ, т.-е. независимо отъ существованія завѣщанія, по мнѣнію сената, можетъ быть дано еще особое полномочіе на дѣйствія по смерти лица. Мы бы ничего противъ этого не имѣли, еслибы сенатъ указалъ на законную форму этого отдѣльнаго полномочія; но въ соотвѣтствующемъ рѣшеніи (Сборн. рѣш. сен. т. 1,599) сенатъ говоритъ, что „предоставленіе въ письменномъ духовномъ завѣщаніи имущества душеприкащику для поступленія съ нимъ согласно словесно изъявленному желанію завѣщателя, считается законнымъ“. Тутъ полномочіе душеприкащика отдѣльно отъ завѣщанія, содержащаго лишь назначеніе, самыя же дѣйствія, предоставляемыя ему, выражены словесно, отдѣльно отъ завѣщанія. Но мы замѣтили выше, что эта форма полномочія должна быть разсматриваема какъ завѣщаніе, ибо по существу ни чѣмъ отъ него не отличается. Потому-то, это рѣшеніе сената, не выдерживаетъ критики. Это признаніе акта полномочія равнымъ завѣщанію еще болѣе справедливо по отношенію къ нашему праву, которое всякое законное изъявленіе воли лица о судьбѣ его имущества на случай смерти признаетъ завѣщаніемъ. А если такъ, то эта отдѣльная форма полномочія должна удовлетворять требованіямъ законности завѣщательныхъ актовъ; это словесное порученіе душеприкащику извѣстныхъ дѣйствій противно законамъ въ силу непризнанія нашимъ правомъ законности „изустныхъ памятей“.

Другой случай разъединенія представляетъ собою отдѣльное существованіе *голаго акта назначенія* отъ самаго завѣщанія, въ которомъ уже формулированы дѣйствія, требуемыя завѣщателемъ. Современные законодательства допускаютъ такое разъединеніе, указывая на различные способы назначенія душеприкащика т.-е. не только въ завѣщаніи, но и въ особомъ договорѣ. Такъ саксонское уложеніе прямо указываетъ на договорный способъ назначенія душеприкащика [1]). По прусскому праву, какъ видно изъ рескрипта 19 мая 1804 г., *назначеніе* можетъ заключаться не только въ формѣ законнаго подицилла, но и во всякой другой достовѣрной и непротивной законамъ формѣ, хотя бы въ видѣ предшествовавшаго соглашенія между живыми. Такъ это понимаютъ Грухотъ [2]), Кохъ [3]) и друг., но Штурмъ противъ этого возра-

[1]) Säch. Gesetzb. § 2233.
[2]) Gruchot-Erbrecht S. 215.
[3]) Koch-Erbrecht. S. 344.

жаетъ, особенно отрицая возможность назначенія душеприкащика путемъ договора. Но эта послѣдняя форма, нужно замѣтить, болѣе касается момента принятія званія, нежели назначеніе душеприкащика; но мы кажемся не нарушимъ послѣдовательности изложенія, если выскажемся о ней въ этой главѣ. Какъ увидимъ ниже, у лица, назначеннаго душеприкащикомъ, испрашивается согласіе на принятіе званія и лишь съ изъявленія его, обязательство считается возникшимъ. При назначеніи душеприкащика въ завѣщаніи, моментъ назначенія отдѣленъ отъ момента принятія званія; въ договорномъ же установленіи, эти моменты сливаются. Въ первомъ случаѣ для возникновенія обязательства еще недостаточно смерти завѣщателя; во второмъ—смерть является срокомъ договора (dies incertus quando, dies a quo). Срокъ наступилъ, смерть лица послѣдовала—обязательство вступаетъ въ силу. Значитъ различіе между договорнымъ установленіемъ душеприкащичества и установленіемъ его въ общемъ порядкѣ касается собственно момента принятія, возникновенія обязательства и требуемыхъ для наступленія его обстоятельствъ; въ первомъ случаѣ согласіе, выраженное въ договорѣ, предшествуетъ смерти, во второмъ, наоборотъ; въ первомъ случаѣ смерть имѣетъ первенствующее въ этомъ смыслѣ значеніе, во второмъ—таковое значеніе принадлежитъ согласію; слѣдовательно, договорно принявшій на себя званіе душеприкащика, по смерти завѣщателя уже не можетъ отступить назадъ. Въ этомъ только и заключается различіе между этими способами назначенія. Безелеръ [1]), не отрицая законности договорнаго способа назначенія душеприкащика, тѣмъ не менѣе указываетъ на практическія неудобства, имъ порождаемыя. Происходятъ они въ силу различія юридическихъ основъ и нормъ, касающихся договора и завѣщанія. Но эти затрудненія не даютъ основанія признавать недѣйствительнымъ договорное назначеніе душеприкащика. Болѣе глубокія соображенія противъ этой формы назначенія находимъ у Штурма. Онъ полагаетъ, что эта форма совершенно противна характеру института: наслѣдники могутъ отступиться отъ такого договора, да и душеприкащикъ имъ не связанъ [2]). Конечно, если примѣнять къ этому договору общее правило о прекращеніи личныхъ договорныхъ смертью одной изъ сторонъ, то эти соображенія правильны, но вѣдь договоръ съ душеприкащикомъ, есть договоръ sui generis, существо котораго въ томъ-то и заключается, что къ нему не примѣняются упомянутыя правила; онъ не только не прекращается смертью контрагента, завѣщателя, но именно вступаетъ въ силу съ этого момента, причемъ, конечно, кромѣ этого условія надо выставить и другое: сила того завѣщанія, которое обязанъ исполнить душеприкащикъ; если оно недѣйствительно или отмѣнено завѣщателемъ, то и договоръ теряетъ всякое значеніе. Все это специфическія черты этого договора, придающія ему своеобразный характеръ среди другихъ договоровъ, но отнюдь не приводящія къ отрицанію его юридическаго значенія. Признавая вполнѣ правомѣрность договорной формы назначенія душеприкащика, мы въ послѣдующемъ изложеніи, однако, будемъ имѣть въ виду самую употребительную—завѣщательную.

B) Принятія душеприкащикомъ званія и утвержденія со стороны государства.

Отъ назначенія лица душеприкащикомъ до вступленія обязательства еще очень далеко. Завѣщатель можетъ назначать сколько ему угодно душеприкащиковъ и очень легко можетъ случиться, что завѣщаніе его не будетъ исполнено ни однимъ изъ нихъ. Для возникновенія обязательства необходимо изъявленіе согласія со стороны лица назначеннаго. Это основное положеніе въ

---

[1]) Beseler н. с., стр. 201.
[2]) Sturm н. с., стр. 115—116.

иныхъ законодательствахъ и не упоминается, но какъ бы подразумѣвается само собой. Ученые же всѣ безъ изъятія принимаютъ его. Изъ законодательствъ, между прочимъ, австрійскій и саксонскій кодексы обратили вниманіе на этотъ вопросъ. Въ нихъ прямо говорится: что „если завѣщатель назначилъ душеприкащика, то вполнѣ отъ воли послѣдняго зависитъ принять званіе [1]). Германскій проектъ тоже допускаетъ свободу принятія и считаетъ обязательство душеприкащика возникшимъ именно съ момента принятія, но если разъ душеприкащикъ отклонилъ отъ себя званіе, то это имѣетъ безповоротное значеніе [2]).

Признавая безусловную свободу принятія званія [3]), возникаетъ вопросъ о способахъ этого принятія или, вѣрнѣе, о способахъ изъявленія согласія на предложеніе. Ихъ, вообще говоря, два: молчаливый, состоящій въ совершеніи лицомъ извѣстныхъ дѣйствій, указывающихъ на согласіе съ его стороны и прямое объявленіе желанія быть душеприкащикомъ. Одинъ изъ молчаливыхъ способовъ тотъ, когда душеприкащику сдѣланъ отказъ и тотъ его принимаетъ: самый фактъ принятія послѣдняго свидѣтельствуетъ о принятіи званія. Другой — состоитъ въ совершеніи лицомъ извѣстныхъ формальныхъ дѣйствій по поводу завѣщанія. Въ началѣ этого очерка было указано, что въ понятіе исполненія завѣщанія входитъ не только исполненіе дѣйствій, заключающихся въ его содержаніи, но и въ совершеніи нѣкоторыхъ, требуемыхъ закономъ формальностей съ цѣлью придать ему законную силу, какъ-то: представленіе къ утвержденію и т. п. Вотъ совершеніе этихъ-то дѣйствій и указываетъ на согласіе лица быть душеприкащикомъ. Наконецъ, открытый, прямой, способъ безъ сомнѣнія, заключается въ изъявленіи согласія на судѣ или въ другомъ государственномъ учрежденіи. Точнаго опредѣленія его ни въ одномъ законодательствѣ не имѣется. Излишне обременять кодексы подобными постановленіями, хотя германскій проектъ требуетъ заявленія о принятіи званія суду по мѣсту открытія наслѣдства [4]).

Тѣмъ или инымъ способомъ принятое лицомъ званіе, санкціонируется государствомъ, т.-е. оно признаетъ лицо душеприкащикомъ и тѣмъ требуетъ признанія его таковымъ со стороны другихъ лицъ. Необходимость этой санкціи мотивируется важностью душеприкащичьяго званія. И дѣйствительно, государство даетъ ему извѣстныя права касательно имущества наслѣдниковъ, обязанныхъ терпѣть его существованіе и даже подчиняться ему и налагаетъ на него извѣстныя обязанности въ видахъ полнаго исполненія завѣщательной воли. Одно это заставляетъ государство придать большую прочность его положенію въ отношеніяхъ къ наслѣдникамъ и другимъ лицамъ и учрежденіямъ. Но признаютъ ли законодательства необходимость этой санкціи и если признаютъ, то въ какой формѣ она должна быть выражена? Такъ какъ съ одной стороны ни въ одномъ законодательствѣ, за исключеніемъ англійскаго, объ этомъ ничего не говорится, и съ другой стороны всѣ они признаютъ необходимость оффиціальнаго заявленія со стороны душеприкащика о принятіи имъ званія, можно заключить, что самое принятіе соотвѣтствующимъ учрежденіемъ этого заявленія, связанное съ провѣркою правоспособности душеприкащика и законности акта его назначенія, является санкціею, утвержденіемъ его въ званіи. Одно англійское законодательство прямо установляетъ, что душеприкащикъ, представляя завѣщаніе въ явочную палату для удостовѣренія въ подлинности и относительной законности, утверждается въ своемъ званіи и приводится къ

---

[1]) Öst. Gesetzb. § 816. Sächs Gesetzb § 2234.

[2]) Entwurf § 1292 г. Abs. I и 2.

[3]) Это признано и нашей кассаціонной практикой. См. р. гр. к. д. 1871, № 873.

[4]) Entwurf § 1292 г. Abs. 2.

присягѣ: въ удостовѣреніе этого ему выдается копія съ завѣщанія. Наша кассаціонная практика высказалась по этому вопросу въ томъ смыслѣ, что опредѣленіе суда объ утвержденіи завѣщанія утверждаетъ и право душеприкащика на исполненіе завѣщанія и если разъ завѣщаніе утверждено, то не требуется признанія и утвержденія правъ душеприкащика (1869 г. № 612). Эти положенія, съ перваго взгляда даютъ поводъ думать, что у насъ душеприкащикъ утверждается въ званіи, т.-е. судъ провѣряетъ его правоспособность и законность полномочій ему данныхъ, но дѣлаетъ это не въ отдѣльномъ актѣ, а вмѣстѣ съ утвержденіемъ завѣщанія. На самомъ же дѣлѣ этого нѣтъ—судъ въ виду ст. 1066[2] (ст. 21 зак. 5 апр. 1869) при утвержденіи вовсе не входитъ въ обсужденіе вопроса о душеприкащикѣ; утвержденіе завѣщанія, въ которомъ назначенъ душеприкащикъ вовсе не указываетъ на то, что судъ утвердилъ и душеприкащика; утвержденіе завѣщанія указываетъ лишь на то, что противъ назначеннаго душеприкащика никѣмъ спора не заявлено; а это обстоятельство лишаетъ утвержденіе завѣщанія всякаго значенія по отношенію къ душеприкащику: нѣтъ гарантіи, что лицо означенное душеприкащикомъ въ утвержденномъ завѣщаніи дѣйствительно законный душеприкащикъ. Въ виду этого приведенныя положенія кассаціонной практики не могутъ быть признаны правильными. При примѣненіи этихъ положеній можетъ возникнуть рядъ беззаконій. Душеприкащикомъ назначенъ напр., сумасшедшій; судъ, утверждая завѣщаніе не знаетъ о душевномъ состояніи душеприкащика; изъ рѣшенія сената выходитъ, что такой душеприкащикъ утвержденъ судомъ въ правахъ. Соотвѣтствовало бы болѣе общему смыслу законовъ и характеру душеприкащичества, если бы сенатъ предложилъ при утвержденіи завѣщанія утверждать особо и душеприкащика, т.-е. вызывать его, допросить его о согласіи принять званіе, постановить соотвѣтствующее опредѣленіе и выдавать ему копію этого опредѣленія; онъ могъ бы это сдѣлать уже въ виду того, что кругъ дѣлъ подлежащихъ охранительному производству, не исчерпанъ закономъ и практика можетъ примѣнять и примѣняетъ правила этого производства къ безконечному ряду случаевъ. Что же касается вопроса о связи утвержденія завѣщанія съ утвержденіемъ душеприкащика, то тутъ сенату слѣдовало бы выставить обратное положеніе—утвержденіе завѣщанія само-по-себѣ не указываетъ на законность назначенія душеприкащика.

### 3) Принятіе имущества.

Въ своемъ мѣстѣ мы укажемъ на отношенія, въ которыя становится душеприкащикъ къ имуществу завѣщателя, но здѣсь, говоря объ имуществѣ, какъ условіи возникновенія обязательства, для насъ достаточно указать на необходимость хотя бы фактическаго обладанія имуществомъ, по поводу котораго дѣйствуетъ душеприкащикъ, ибо безъ этого невозможно исполненіе завѣщанія [1]. На этомъ мотивѣ, какъ увидимъ, построены всѣ его права и обязанности истекающія изъ самаго закона, признающаго его повѣреннымъ умершаго лица и дающаго ему всевозможныя средства исполненія порученія. Обязательственныя его отношенія къ закону или государству, т.-е. то главное обязательство, о которомъ мы говорили, начинается съ момента принятія имъ званія; съ лицами же вообще, получающими право требованія на извѣстныя дѣйствія его, онъ вступаетъ въ обязательственныя отношенія съ момента передачи ему имущества завѣщателя; никто изъ этихъ лицъ не вправѣ вчинать иска противъ него, ранѣе принятія имъ имущества въ свое обладаніе. Относительно же наслѣд-

[1]) Sturm. н. с., стр. 124—126.

никовъ, къ этому условію присоединяется еще принятіе ими наслѣдства. Ни въ иностранныхъ кодексахъ, ни въ имѣющихся у насъ подъ рукою рѣшеніяхъ германскихъ судовъ нѣтъ опредѣленій касательно этого вопроса: собственно говоря, они и излишни, ибо требованіе принятія имущества можетъ быть выведено изъ общихъ началъ закона. Нашей же кассаціонной практикѣ пришлось рѣшить вопросъ: съ какого момента лица, получающія право требованія на душеприкащика, могутъ осуществить свое право, т.-е. вчинить искъ противъ него. „Для обращенія къ душеприкащику отвѣтственности въ завѣщанномъ имуществѣ, по мнѣнію сената, не достаточно одной ссылки на завѣшаніе, но необходимо и удостовѣреніе въ томъ, что душеприкащикъ вступилъ въ распоряженіе завѣщаннымъ имуществомъ“ (1869 г. № 227).

### В. Юридическое положеніе душеприкащика.

Подъ юридическимъ положеніемъ душеприкащика мы понимаемъ совокупность всѣхъ, принадлежащихъ ему правъ и обязанностей, откуда бы они ни истекали, какихъ бы лицъ и учрежденій ни касались. На основаніи принятаго воззрѣнія на душеприкащичество, какъ на обязательство исполненія чужого порученія, влекущее за собой рядъ другихъ обязательствъ, мы дѣлимъ эту главу на два существенныхъ раздѣла: права и обязанности душеприкащика, какъ представителя умершаго лица, и права и обязанности по отношенію къ наслѣдникамъ и другимъ лицамъ.

### I. Права и обязанности душеприкащика, какъ представителя завѣщателя.

Мы выше имѣли случай упомянуть, что права душеприкащика опредѣляются завѣщателемъ. Это можно считать юридически точнымъ настолько, насколько вообще отъ лица зависитъ созданіе юридическаго положенія другого. Завѣщатель дѣйствительно даетъ душеприкащику права и налагаетъ обязанности, но это не слѣдуетъ понимать такъ, какъ будто бы все юридическое его положеніе зависитъ отъ воли завѣщателя. Завѣщатель можетъ ограничиться однимъ назначеніемъ душеприкащика, а законъ создаетъ на основаніи завѣщанія его юридическое положеніе. Затѣмъ завѣщатель можетъ не указать способовъ исполненія данныхъ порученій — законъ восполняетъ въ своемъ интересѣ (необходимость точнаго исполненія завѣщательной воли) этотъ пробѣлъ. Очевидно для созданія полнаго юридическаго положенія душеприкащика недостаточно одного завѣщанія—законъ является такою же созидательною силою, основываясь конечно на завѣщаніи. Права и обязанности душеприкащика такимъ образомъ истекаютъ a) изъ завѣщанія и b) изъ закона;

#### A) Права и обязанности, истекающія непосредственно изъ завѣщанія.

Старая доктрина устанавливала нѣсколько градацій душеприкащиковъ соотвѣтственно объему данныхъ имъ завѣщателемъ полномочій; такъ, она различала executor merus отъ executor mixtus и т. п. [1]). Нынѣ эти градаціи признаны неудовлетворительными, ибо вообще свести душеприкащичество къ отдѣльнымъ видамъ по объему и характеру полномочій, невозможно: полномочія эти разнообразны до безконечности. Вмѣсто установленія безплодныхъ класификацій, ученые стремятся установить общія положенія, опредѣляющія характеръ и объемъ этихъ полномочій. Теоріи представительства завѣщателя

[1]) Sturm н. с. стр. 123.

и представительства наслѣдника сходны въ томъ, что ни та, ни другая не могутъ отрицать того, что душеприкащикъ лицо уполномоченное завѣщателемъ; и обѣ онѣ интересуются вопросомъ о характерѣ и объемѣ его полномочій, но вторая изъ нихъ лишена возможности пользоватся такою широкою аналогіею, какою пользуется первая, а именно аналогіею съ институтомъ, въ которомъ лицо уполномоченное въ тоже время представитель уполномочившаго, именно съ довѣренностью. К. П. Побѣдоносцевъ вѣрно замѣчаетъ, что душеприкащику могутъ быть поручаемы такія дѣйствія, которыя могутъ быть совершаемы повѣреннымъ [1]). Но принимая это положеніе, надо снабдить его не малимъ числомъ оговорокъ; прежде всего, дѣленіе полномочія при довѣренности на общее и специальное, требуемое закономъ для извѣстныхъ дѣйствій, не примѣнимо къ душеприкащичеству; видѣть въ завѣщаніи общее полномочее на всякаго рода дѣйствія, хотя и въ интересахъ исполненія завѣщанія, едва ли основательно; такимъ путемъ будетъ душеприкащику дана возможность вступать и въ выгодныя торговыя операціи, а исполненіе завѣщанія замедлится; съ другой стороны распространять на полномочія душеприкащика требованіе закона относительно спеціальныхъ полномочій тоже невозможно: если душеприкащику поручено взыскать съ должника завѣщателя, то нельзя его лишить права, напр., подавать апелляціонныя и кассаціонныя жалобы, на подачу коихъ требуется спеціальное полномочіе. Всего раціональнѣе смотрѣть на душеприкащика какъ *законнаго* представителя завѣщателя. На законное представительство не распространяются правила добровольнаго—тутъ рѣшающее значеніе имѣютъ содержаіе завѣщанія съ одной стороны, съ другой интересы лицъ прикосновенныхъ. Такъ что душеприкащикъ несомнѣнно повѣренный завѣщателя, его уполномоченный представитель, но повѣренный дѣйствующій не по *довѣренности*, а по другой инструкціи, по завѣщанію—онъ законный представитель sui generis, а потому, когда при толкованіи завѣщанія возникаетъ вопросъ о законности полномочія, можно лишь тогда дать утвердительный отвѣтъ, когда порученіе это можетъ быть; вообще говоря, поручаемо повѣренному и этимъ не нарушаются нормы завѣщательно-наслѣдственнаго права.

Не пытаясь исчерпать всѣхъ возникающихъ съ этой стороны вопросовъ, мы остановимся лишь на главнѣйшихъ правахъ, предоставляемыхъ душеприкащику, а именно: a) на правѣ владѣнія, предоставляемомъ ему завѣщателемъ, b) на правѣ его по порученію завѣщателя выбора лица, получающаго отказъ или наслѣдника, c) на передаваемое ему право опредѣленія размѣра назначенія и d) на право освобожденія отъ отчета передъ наслѣдниками или государствомъ. Съ какой же точки зрѣнія намъ придется разсмотрѣть эти вопросы?

Выше мы сказали, что душеприкащикъ, принимая на себя это званіе, состоящее въ исполненіи извѣстныхъ порученій (какъ при довѣренности), вступаетъ въ рядъ обязательствъ съ лицами, имѣющими право на то имущество, по поводу котораго онъ дѣйствуетъ. Это существованіе правъ другихъ лицъ на имущество завѣщателя можно считать необходимымъ условіемъ, аттрибутомъ душеприкащичества, ибо въ чемъ же состоятъ порученія, данныя душеприкащику, какъ ни въ дачѣ, передачѣ и при опредѣленіи правъ завѣщателя въ установленіи юридическаго положенія душеприкащика нужно, повторяемъ, имѣть въ виду, что на имущество уже имѣются права другихъ лицъ. Съ точки зрѣнія этого условія мы и разсмотримъ права предоставляемыя душеприкащику; мы будемъ имѣть въ виду, смотря по существу дѣла, либо права лицъ заинтересованныхъ (не нарушаются ли эти права признаніемъ за душеприкащикомъ того или другого права), либо объемъ правъ завѣщателя (не вышелъ ли завѣщатель, передавая извѣстное право душеприкащику, за предѣлы завѣщательной свободы).

[1]) Побѣдоносцевъ н. с стр. 617.

A. Начнемъ съ владѣнія. Можетъ ли завѣщатель предоставить душеприкащику владѣніе? Мы выше видѣли, что безъ владѣнія исполненіе завѣщанія невозможно, а потому и вопросъ, нами поставленный, какъ будто-бы излишенъ. Насамомъ же дѣлѣ онъ является вопросомъ первостепенной важности. Вѣдь исполненіе завѣщанія невозможно безъ фактическаго владѣнія, юридическая же сторона его при взглядѣ на него какъ на условіе исполненія, не затрогивается. Если же имѣть въ виду юридическое владѣніе, то и вопросъ о возможности предоставленія его душеприкащику становится важнымъ вопросомъ. Разрѣшеніе его представляетъ интересъ, конечно, въ тѣхъ случаяхъ, когда на имущество переданное во владѣніе душеприкащика, имѣется опредѣленный собственникъ; утвердительное же его разрѣшеніе возможно лишь тогда, когда это владѣніе уживается съ правомъ собственности другого лица. Взглянемъ на отношенія его къ матеріальнымъ элементамъ права собственности. Если оно можетъ быть выдѣлено безъ нарушенія существа этихъ элементовъ, то право собственности остается въ силѣ и владѣніе душеприкащика совершенно законно. а) Прежде всего возьмемъ право владѣнія. Въ строго-юридическомъ смыслѣ это такое владѣніе, которое влечетъ за собою извѣстныя юридическія послѣдствія, отражающіяся, такъ сказать, прямо на юридической сферѣ владѣльца, каковы: давность, приращеніе и т. п. Эти послѣдствія касаются собственника и обсуживаются по отношенію къ нему, какъ къ юридическому владѣльцу, тогда какъ личность душеприкащика стоитъ въ сторонѣ; напр., если завѣщатель оставилъ несовершеннолѣтняго наслѣдника, а завѣщанное ему имущество находится во владѣніи другого лица, причемъ давностый срокъ, срокъ пріобрѣтенія имѣнія послѣднимъ, истекаетъ во время несовершеннолѣтія наслѣдника, то душеприкащикъ можетъ прервать давность и виндицировать имѣніе, ссылаясь на то, что давность пріостановлена въ виду несовершеннолѣтія собственника; эта ссылка основана, конечно, на такомъ фактѣ, который лежитъ въ личности наслѣдника, а не душеприкащика. Владѣніе послѣдняго есть производное и какъ таковое только и можетъ быть ему предоставлено. И этотъ производный характеръ владѣнія нисколько не препятствуетъ самостоятельной его защитѣ даже противъ собственника; это въ такой же мѣрѣ допустимо, какъ и защита арендаторомъ владѣнія противъ собственника. b) Касательно права распоряженія, нужно замѣтить, что наслѣдникъ ни коимъ образомъ не лишается его, а по необходимости воздерживается отъ осуществленія его, ибо если во время исполненія душеприкащикомъ порученій, дать ему возможность осуществленія этого права, то онъ этимъ можетъ парализовать всю дѣятельность душеприкащика, ибо право распоряженія, этотъ вѣнецъ права собственности, по выраженію Мейера, заключаетъ въ себѣ право отчужденія и всякаго ограниченія. Положимъ, наслѣдникъ осуществитъ свое право отчужденія—очевидно душеприкащикъ теряетъ владѣніе и вмѣстѣ съ тѣмъ возможность исполненія завѣщанія и т. д. Слѣдовательно, право распоряженія наслѣдника на время пріостанавливается и, по исполненіи душеприкащикомъ своей обязанности и превращеніи его владѣнія, оно можетъ быть имъ осуществляемо снова. Наконецъ с) право пользованія очевидно принадлежитъ наслѣднику, но такъ-какъ матеріально и фактически вещь соединена, такъ сказать, съ лицомъ владѣльца—душеприкащика, то осуществленіе его невозможно для наслѣдника; но плоды, приносимые вещью (доходы съ имѣнія, % съ капитала), если онѣ имѣются, передаются душеприкащикомъ наслѣднику сполна за все время его владѣнія. Значитъ это право, являясь только временнымъ exercitium juris со стороны душеприкащика, ничуть не нарушаетъ правъ наслѣдника. Но такъ какъ оно и не парализируетъ его правъ и, какъ мы уже сказали, заставляетъ его на время воздержаться отъ осуществленія ихъ, то собственникъ-наслѣдникъ, ограниченный въ правѣ во все время дѣятельности душеприкащика, все-таки не является таковымъ въ полномъ смыслѣ: это

можетъ навести на сомнѣніе на счетъ законности предоставленія душеприкащику этого права. Но сомнѣніе разсѣивается, если имѣть въ виду временный и производный характеръ владѣнія душеприкащика.

Образцовыми въ этомъ отношеніи являются постановленія французскаго кодекса: душеприкащику можетъ быть предоставлено завѣщателемъ владѣніе частью или цѣлымъ *движимымъ* имуществомъ, *но*:

a) это владѣніе не можетъ продолжаться болѣе года, считая со дня смерти завѣщателя (ст. 1026) и

b) оно можетъ быть, какъ увидимъ, при извѣстныхъ условіяхъ прекращено наслѣдникомъ; это-то прекращеніе владѣнія имѣетъ весьма важное практическое значеніе, такъ какъ владѣніе душеприкащика сильно связываетъ, стѣсняетъ наслѣдника.

Эти постановленія значительно ослабляютъ иго душеприкащика надъ наслѣдниками; они даютъ даже возможность послѣднимъ освободиться отъ него и возстановляютъ, такъ сказать, дѣйствительныя права наслѣдника на имущество; ими умаляется сила, степень ограниченія его правъ.

Прусское уложеніе не ограничиваетъ это владѣніе (называемое въ кодексѣ управленіемъ) какимъ либо срокомъ и не даетъ возможности устранить душеприкащика, помимо случаевъ злоупотребленія съ его стороны. Допуская порученіе душеприкащику управленія имуществомъ, оно предписываетъ смотрѣть на него, какъ на управляющаго чужимъ имѣніемъ; сообразно этому и установляются между наслѣдниками и душеприкащикомъ отношенія, подобно отношеніямъ между управителемъ и хозяиномъ. Если хотите и это можетъ быть разсматриваемо какъ смягченіе, ограниченіе правъ душеприкащика въ пользу наслѣдника, ибо тутъ первый становится въ подчиненное, въ служебное положеніе.

Наша судебная практика еще далеко не выработала точныхъ нормъ касательно права владѣнія, поручаемаго душеприкащику. Почти во всѣхъ рѣшеніяхъ сената, гдѣ дѣло идетъ о душеприкащикѣ, говорится о предоставленномъ его распоряженію имуществѣ, о переданномъ ему завѣщателемъ имуществѣ и т. д. Но самое выраженіе владѣніе вездѣ замѣняется „распоряженіемъ“. И дѣйствительно, неудобно было употребить его по причинѣ допущеннаго въ нашемъ сводѣ смѣшенія терминовъ „собственность“ и „владѣніе“. Это выраженіе „распоряженіе“ породило въ нашей литературѣ весьма курьезное недоразумѣніе. Почему-то показалось, что душеприкащику передается завѣщателемъ *право* распоряженія. Но дѣло въ томъ, что произошло крупное смѣшеніе выраженія въ обыденномъ, ходячемъ смыслѣ съ юридическимъ терминомъ „право распоряженія“. Такъ г. Вильяшевъ [1]) говоритъ, что „исполненіе завѣщанія состоитъ не въ чемъ иномъ, какъ въ правѣ распоряженія завѣщаннымъ имуществомъ въ предѣлахъ начертанной воли завѣщателя“. Тутъ видно полное противорѣчіе, ибо, „право распоряженія“ и „въ предѣлахъ завѣщательной воли“, понятія, исключающія другъ друга; право распоряженія состоитъ не въ чемъ иномъ, какъ въ правѣ лица располагать судьбою вещи по произволу, отчуждать, закладывать и т. д. Эта-то произвольность и составляетъ существенный элементъ права распоряженія—отнимите его или поставьте „въ предѣлы воли завѣщателя“, все право распоряженія разрушится, останется одно исполненіе надъ вещью дѣйствій, предписанныхъ завѣщателемъ. Г. Гордонъ [2]) весьма остроумно, но едва-ли правильно выходитъ изъ

---

[1]) „Судебный Вѣстникъ“ 1870 г. № 630.

[2]) Гордонъ, н. с. стр. 260--261. Ссылка на остзейскій кодексъ ничего не доказываетъ—тамъ рѣчь идетъ объ отчужденіи. Ни въ одномъ кодексѣ не встрѣчается такое сбивчивое выраженіе какъ право „распоряженія“ душеприкащика.

затрудненія, создаваемаго предоставленіемъ душеприкащику „право распоряженія“; онъ дѣлитъ право распоряженія на два вида: самостоятельное и зависимое; второе есть осуществленіе перваго—оно-то предоставляется душеприкащику. Противъ этого можно возразить: во-1-хъ, самое дѣленіе права распоряженія на два вида несостоятельно уже потому, что второй видъ его не есть право распоряженія, а осуществленіе этого права—exercitium juris alieno nomine, во-2-хъ, когда говорятъ, что такому-то лицу принадлежитъ право распоряженія, то всегда предполагается само это право, а не право осуществленія его; пользованіе такою терминологіею только вноситъ рядъ недоразумѣній, нисколько не содѣйствуя уясненію вопроса. Не подлежитъ сомнѣнію, что завѣщатель и по нашему праву можетъ передать душеприкащику владѣніе, но лишь одно владѣніе, какъ временное завѣдываніе имуществомъ.

В. Относительно права предоставить душеприкащику выборъ наслѣдника ученые различнаго мнѣнія.

Блунчли [1]), Штурмъ [2]) и др. считаютъ сомнительнымъ, чтобы право это могло быть предоставлено душеприкащику. Это, говорятъ они, противно духу, какъ римскаго, такъ и германскаго права. Безелеръ-же, основываясь на каноническомъ правѣ, приходитъ къ тому, что это возможно [3]). Мы приведемъ мнѣніе г. Побѣдоносцева построенное на коренныхъ началахъ русскаго права. „Можетъ-ли,—спрашиваетъ онъ,—завѣщатель, не назначая самъ наслѣдника къ своему имѣнію, предоставить избраніе сего послѣдняго другому лицу по его усмотрѣнію?“ и отвѣчаетъ: „По завѣщанію наслѣдство отъ завѣщателя переходитъ непосредственно къ лицу, избранному его волей. Завѣщатель не можетъ установить посредствующаго наслѣдства и свою завѣщательную власть не можетъ передать никому за себя по довѣрію или полномочію. Если указанное завѣщателемъ посредствующее лицо получаетъ имѣніе въ собственность, то къ нему въ силу права собственности вмѣстѣ съ онымъ переходитъ и завѣщательное право и вообще право отчужденія и распоряженія независимо отъ особаго о семъ постановленія въ завѣщаніи перваго вотченника. Если-же указанное посредствующее лицо получаетъ имѣніе только во временное владѣніе, то предоставленіе ему права передать, подарить или завѣщать имѣніе отъ имени перваго завѣщателя немыслимо. Еще менѣе возможно допустить предоставленіе стороннему лицу, не получающему даже во владѣніе имѣнія по завѣщанію, права избирать къ сему имѣнію наслѣдника по завѣщанію. Вышесказанное примѣняется вполнѣ къ назначенію наслѣдственному, т.-е. къ тому случаю, когда завѣщатель прямо избираетъ себѣ преемника въ массѣ своего имущества или въ извѣстномъ цѣльномъ имѣніи. Но особливый видъ завѣщательнаго назначенія составляетъ назначеніе разнымъ лицамъ выдачъ изъ имущественной массы, предоставляемой избранному наслѣднику. Здѣсь хотя одаренное лицо пріобрѣтаетъ отъ завѣщателя и по завѣщанію, но не прямо, а для осуществленія своего права на завѣщанное долженъ обратиться къ тому, кому по завѣщанію переходитъ во власть подлежащее имущество и *на кого завѣщатель возложилъ повинность исполненія или выдачи.* Условіе этой выдачи или передачи можетъ быть связано, между прочимъ, даже *съ усмотрѣніемъ* и *выборомъ* того, на чью обязанность возложена выдача“ [4]). Эти строго логическія соображенія конечно могутъ быть примѣнены и къ душеприкащичеству: душеприкащику, какъ это прямо говоритъ г. Побѣдоносцевъ, въ другомъ мѣстѣ [5]) не можетъ быть предоставлено право выбора *наслѣдника*,

[1]) Bluntschli—Deutsch. Privatr. S. 734.
[2]) Sturm н. с. стр. 112.
[3]) Beseler н. с. стр. 179.
[4]) Побѣдоносцевъ—н. с. стр. 508.
[5]) Ibid стр. 518, см. также Гордонъ н. с. стр. 268.

но лишь выборъ лица, получающаго частный, отдѣльный отказъ изъ массы оставшагося наслѣдства. Для юридическихъ-же лицъ, пользующихся покровительствомъ государства, ему предоставляется это право даже касательно всей массы имущества. Наша практика признала это, какъ видно изъ рѣшеній стараго сената [1]), но именно касательно отдѣльныхъ, частныхъ отказовъ, преимущественно въ пользу юридическихъ лицъ. Такъ, сенатъ призналъ, что завѣщатель вправѣ предоставить душеприказчику выборъ церквей, долженствующихъ получить отказъ; если онъ говоритъ въ завѣщаніи, чтобы отказъ былъ переданъ церкви вообще, а какой именно церкви не упоминаетъ, то тѣмъ самымъ предоставляетъ это усмотрѣнію душеприказчика. Наконецъ, извѣстно, что законъ не возбраняетъ завѣщателю назначеніе извѣстной суммы на стипендіи въ высшихъ учебныхъ заведеніяхъ, предоставляя выборъ стипендіата душеприказчику.

С. Что касается вопроса о правѣ предоставленія душеприказчику опредѣлить размѣръ назначенія, то онъ касается не столько существованія правъ третьяго лица, сколько объема имущества, составляющаго объектъ этого права. Съ точки зрѣнія завѣщательнаго права оно ни коимъ образомъ не можетъ быть признано. Дѣло въ томъ, что вопросъ о предоставленіи душеприказчику права опредѣленія размѣра назначенія въ большинствѣ случаевъ сводится къ вопросу о предоставленіи ему выбора лица и въ силу признанной нами невозможности передачи (за извѣстными исключеніями) права выбора наслѣдника, долженъ быть рѣшенъ отрицательно. Укажемъ лишь на практическій случай: А., умирая, назначаетъ душеприказчика и поручаетъ ему передать въ произвольной соразмѣрности сыновьямъ своимъ В. и С. оставшееся имущество, состоящее изъ 1000 р. денегъ и имѣнія. Очевидно душеприказчику предоставляется выборъ лица, долженствующаго стать наслѣдникомъ. Душеприказчикъ можетъ дать В. всего 5 рублей, а С. передать остальныя деньги и имѣніе; очевидно, В. не имѣетъ права жаловаться, а С. одинъ наслѣдникъ, и все это по волѣ душеприказчика, ибо нельзя предположить, чтобы такова была воля завѣщателя. Въ подобныхъ случаяхъ душеприказчикъ является какимъ-то установителемъ единонаслѣдія. Противъ этого права можно повторить тѣже соображенія, какія были высказаны нами по поводу выбора наслѣдника, да кромѣ того въ данномъ случаѣ завѣщательная воля не исполняется—нарушается основной принципъ завѣщательнаго права [2]).

Подобно тому, какъ въ предшествовавшемъ случаѣ и это право душеприказчика можетъ быть признано лишь при частныхъ, отдѣльныхъ отказахъ, на основаніи уже приведенныхъ соображеній. Тутъ для закона представляется лишь важнымъ, чтобы душеприказчикъ распредѣлилъ между означенными завѣщателемъ лицами всю массу порученнаго ему имущества; какъ онъ распредѣлитъ—это его дѣло.

Наша практика допускаетъ предоставленіе совѣсти душеприказчика опредѣленіе размѣра и количества выдачи, признавая это, данное ему завѣщателемъ право мотивомъ, устраняющимъ всякій контроль, даже если этого требуетъ завѣщатель [3]).

D. Говоря, что душеприказчикъ исполняетъ порученіе касательно имущества, на которое уже имѣются права другихъ лицъ—безотчетный, по опредѣленію завѣщателя, и безотвѣтственный душеприказчикъ, является противорѣчіемъ, какъ основному принципу душеприказчичества, такъ и основамъ завѣщательнаго права. Совершенно справедливо говоритъ Безелеръ, что такой

[1]) Сборн. р. сен. т. 2 № 101.

[2]) Гордонъ l. c.

[3]) Сбор. р. сен. т. 1, № 338.

душеприказчикъ ни болѣе, ни менѣе, какъ наслѣдникъ, ибо въ чемъ же состоитъ право наслѣдника на оставшееся имущество, какъ не въ произвольномъ, исключающемъ всякій посторонній контроль, распоряженіи, какъ не въ правѣ собственности; а такимъ-то правомъ въ данномъ случаѣ и пользуется душеприкащикъ. Если такъ, то онъ и не душеприкащикъ, ибо хотя душеприкащикъ иногда и можетъ получить въ собственность или на другихъ основаніяхъ часть имущества, но это не вытекаетъ изъ существа его обязательства, предметъ коего — исполненіе послѣдней воли завѣщателя касательно имущества, имѣющаго свое назначеніе. Если имущество должно быть передано наслѣднику, то имѣлось бы два собственника-наслѣдника: одинъ подъ скрытою оболочкою душеприкащика, другой, названный настоящимъ именемъ, и за обоими слѣдовало бы признать право собственности на оставшееся имущество; но это было бы не исполненіемъ завѣщательной воли, а возведеніемъ ошибки, происшедшей отъ незнанія, на степень законнаго желанія умершаго завѣщателя, который поручилъ душеприкащику лишь исполненіе своей воли, состоящей въ передачѣ означеннаго имущества опредѣленному лицу. Словомъ, признаніе безотчетнаго и безотвѣтственнаго душеприкащика абсурдъ и назначеніе его противузаконно.

Западно-европейскія законодательства, какъ увидимъ въ своемъ мѣстѣ, связываютъ душеприкащика во что бы то ни стало отвѣтственностью и отчетностью; чѣмъ, конечно, парализируется это право завѣщателя, т.-е. освобожденіе душеприкащика отъ контроля.

Наша старая судебная практика высказала такое положеніе: „завѣщатель можетъ назначать безотчетнаго душеприкащика и опекуна малолѣтокъ своихъ". Но мы вправѣ не признать второй части этого рѣшенія, говорящей объ опекунахъ, на основаніи ст. 228 X т. и первой на основаніи изложенныхъ соображеній. Кассаціонный департаментъ держится иного взгляда. На вопросъ: „принадлежитъ ли, назначеннымъ въ завѣщаніи, безотчетнымъ душеприкащикамъ право безотчетнаго распоряженія имуществомъ, оставшимся послѣ завѣщателя, если въ завѣщаніи съ точностью обозначены, какъ лица въ пользу которыхъ составлено завѣщаніе, такъ и доля участія каждаго въ оставшемся наслѣдствѣ?" Сенатъ отвѣтилъ: „предоставленіе душеприкащикамъ безотчетнаго распоряженія имуществомъ, завѣщаннымъ въ собственность другому лицу равносильно присвоенію имъ права собственности на чужую собственность, права измѣнять по своему усмотрѣнію волю завѣщателя, выраженную въ завѣщаніи ввѣренномъ ихъ исполненію" [1]). Это положеніе вполнѣ согласно съ тѣми общими соображеніями, которыя мы представили выше.

### В) Права и обязанности, основанныя на требованіяхъ закона.

Въ предшествовавшей главѣ мы говорили о правахъ душеприкащика, передаваемыхъ ему завѣщателемъ, теперь переходимъ къ правамъ и обязанностямъ, налагаемымъ на него закономъ въ силу того, что онъ душеприкащикъ умершаго. Государство, заинтересованное вообще въ возможно полномъ исполненіи завѣщательной воли, очевидно, должно давать душеприкащику извѣстныя права и налагать обязанности, какъ на исполнителя этой воли, дабы послѣдняя была выполнена въ точности. Для государства въ этомъ случаѣ безразлично, каковы бы ни были порученія данныя душеприкащику, лишь бы они не были противузаконны — оно смотритъ на него какъ на повѣреннаго умершаго, обязаннаго исполнить его волю и обставляетъ это исполненіе извѣстными гарантіями въ видѣ правъ и обязанностей, о которыхъ,

---

[1]) Р. г. к. д. 1867 г., № 76.

замѣтимъ, въ завѣщаніи ничего не сказано. Государству достаточно, чтобы одно лицо стало душеприкащикомъ другого. Это юридическое положеніе, состояніе, принятое лицомъ добровольно, оно стремится нормировать, т.-е. даетъ душеприкащику средства, возможность самымъ тщательнымъ образомъ выполнить принятое обязательство. Конечно, завѣщатель можетъ значительно съузить эту дѣятельность государства, означивъ въ подробности всѣ средства исполненія его воли. Подобно тому, какъ и въ довѣренности, дѣйствія душеприкащика являются или въ видѣ личнаго представительства, или совершаются по поводу имущества.

А. Существо личнаго представительства заключается въ томъ, что законъ предоставляетъ душеприкащику всевозможными способами охранить цѣлость завѣщательнаго распоряженія и отражать всякія притязанія, направленныя къ опроверженію его; душеприкащикъ даже обязанъ противиться воли наслѣдниковъ, если того требуетъ исполненіе завѣщанія. Но главнѣйшимъ образомъ это представительство умершаго лица выражается въ судебныхъ спорахъ по поводу завѣщанія. Споры эти или могутъ быть возбуждены по поводу неясности смысла завѣщательнаго порученія или касаться вопроса о дѣйствительности самаго завѣщанія.

Французскій кодексъ выражается на этотъ счетъ неопредѣленно, говоря что душеприкащикъ можетъ, въ случаѣ споровъ касательно исполненія завѣщанія, быть представителемъ завѣщателя (дабы сохранить завѣщаніе въ цѣлости ст. 1031). Тутъ нѣтъ указаній на поводъ самаго спора, но, вѣроятно, какъ полагаетъ и Цахаріэ [1]), слѣдуетъ допустить, что для законодательства безразлично, чего бы ни касался споръ.

Прусское уложеніе разграничиваетъ это представительство смотря по тому, оспаривается ли дѣйствительность завѣщаніи или перетолковывается, лицами, заинтересованными въ исполненіи завѣщанія, смыслъ извѣстнаго порученія. Комментаторъ прусскаго законодательства, Кохъ, указываетъ на положеніе, принятое практикою прусскихъ судовъ, что душеприкащикъ ни коимъ образомъ не можетъ быть признанъ представителемъ умершаго въ спорахъ, касающихся дѣйствительности завѣщанія [2]). Если же идетъ споръ касательно смысла извѣстнаго порученія, то прусское законодательство даетъ деспотическое право душеприкащику. Въ ст. 561 тит. XII ч. 1 говорится: „если возникнетъ споръ между душеприкащикомъ и наслѣдниками касательно смысла извѣстнаго порученія, то въ сомнительныхъ случаяхъ должно давать предпочтеніе мнѣнію душеприкащика“. Нельзя не выразиться противъ этого постановленія; оно даетъ просторъ злоупотребленіямъ. Съ одной стороны то обстоятельство, что иногда съ душеприкащичествомъ соединяется для лица извѣстная матеріальная выгода, напр. денежныя выдачи въ видѣ вознагражденія или доходы, ускользающіе отъ контроля и т. д., съ другой стороны возможность подкупа со стороны наслѣдника, въ состояніи заслонить безпристрастіе въ толкованіи завѣщанія и, слѣдовательно, препятствовать точному исполненію воли умершаго.

Наше законодательство, хотя и признаетъ за душеприкащикомъ право искать и отвѣчать на судѣ (ст. 24 и 25 у. г. с.), но смыслъ этихъ постановленій закона тотъ, что искъ можетъ быть имъ предъявленъ и онъ можетъ быть привлеченъ къ отвѣту, но лишь при условіи дѣйствительности завѣщанія, если же эта дѣйствительность оспаривается, то онъ уже въ качествѣ стороны участвовать не можетъ; иначе говоря, какъ это и признано сенатомъ, къ нему не можетъ быть предъявленъ искъ о не дѣйствительности завѣщанія [3]). Но значитъ ли это, что онъ вправѣ стоять въ сторонѣ и быть нѣмымъ свидѣтелемъ того, что

---

[1]) Zachariae—н. с., стр. 250.

[2]) Koch, н. с. стр. 346.

[3]) Р. г. к. д. 1879 № 381, 1876 № 500 и др.

слѣдникъ, въ которому предъявленъ искъ, крайне небрежно или вовсе не ведетъ защиту дѣйствительности завѣщанія? Мнѣ кажется, онъ обязанъ вступить въ процессъ въ качествѣ третьяго лица, пособника (ст. 663 у. г. с.), отстаивающаго дѣйствительность завѣщанія; интересъ его не только нравственный, но и юридическій—при признаніи судомъ завѣщанія недѣйствительнымъ онъ освобождается отъ лежащей на немъ обязанности; и если другіе наслѣдники докажутъ, что въ его распоряженіи было доказательное средство, своевременно воспользовавшись коимъ онъ могъ спасти завѣщаніе и судъ не призналъ бы его недѣйствительнымъ—то они могутъ привлечь его къ отвѣтственности; освободить его въ подобномъ случаѣ отъ отвѣтственности едвали было бы законно. Наконецъ, нельзя не замѣтить, что въ тѣхъ случаяхъ, когда нѣтъ завѣщательныхъ наслѣдниковъ и легатаріевъ, а все имущество предназначено къ созданію юридическаго лица, учрежденія — единственнымъ лицомъ, къ которому можетъ быть предъявленъ искъ о недѣйствительности завѣщанія—душеприкащикъ; онъ все-таки ближе къ этому дѣлу, чѣмъ правительственное установленіе, наблюдающее за исполненіемъ подобныхъ завѣщаній.

В. Кромѣ этого представительства душеприкащику предоставляется самимъ закономъ, помимо и безъ опредѣленія о томъ завѣщателя, временное владѣніе имуществомъ умершаго въ видахъ возможности исполненія завѣщательной воли, какъ необходимое условіе исполненія его. Но Блунчли предлагаетъ по возможности избѣгать этого, ибо такое владѣніе представляетъ много неудобствъ для наслѣдника [1]).

Въ прусскомъ законодательствѣ не говорится *о владѣніи*, а объ *управленіи*. Очевидно это управленіе, какъ то и понимаетъ практика, тѣсно связано съ правомъ владѣнія. Въ самомъ уложеніи имѣются только опредѣленія о послѣдствіяхъ этого управленія; но нужно замѣтить, что тутъ говорится о владѣніи, какъ о правѣ передаваемомъ душеприкащику завѣщателемъ, относительно же установленія его въ силу закона, въ видахъ исполненія завѣщанія—ничего не говорится. Но этотъ пробѣлъ восполненъ практикою; ею признано право душеприкащика на это управленіе, еслибъ даже завѣщатель ограничился однимъ назначеніемъ исполнителя своей воли. Понятное дѣло, что безъ этого владѣнія или управленія, или хотя бы временнаго завѣдыванія, обойтись весьма трудно при исполненіи завѣщательныхъ порученій, даже можно сказать, за весьма рѣдкими исключеніями, невозможно. Принятіе имущества въ свое обладаніе, какъ мы видѣли, является даже условіемъ возникновенія душеприкащичества. Однако во французскомъ кодексѣ имѣется постановленіе, прямо запрещающее это право, за отсутствіемъ прямого опредѣленія завѣщателя [2]). Но итальянское уложеніе, освободившееся вообще отъ недостатковъ французскаго упустило это постановленіе, чѣмъ несомнѣнно указало на невозможность предоставленія владѣнія душеприкащику и помимо требованія завѣщателя.

Наша практика, какъ видно изъ рѣшеній сената, тоже предоставляетъ душеприкащику владѣніе: „безъ принятія въ свое распоряженіе имущества завѣщателя, невозможно даже вчинить исковъ противъ него [3])". Кажется, это можно понимать въ томъ смыслѣ, что обладаніе имуществомъ, какъ бы оно не было названо—владѣніемъ, управленіемъ, распоряженіемъ—понимается нашей практикой, какъ необходимое условіе исполненія завѣщательной воли, долженствующее быть установленнымъ даже безъ особаго предписанія завѣщателя.

---

[1]) Bluntschli н. с. стр. 735.

[2]) Code civ. art. 1026.

[3]) Р. г. к. д. 1879 № 134.

Наконецъ, французскій кодексъ постановляетъ, что въ силу закона С) душеприкащику предоставляется отчуждать движимость въ случаѣ недостачи денегъ для уплаты легатаріямъ [1]). Относительно этого опредѣленія считаю нужнымъ только замѣтить, что право отчужденія можетъ считаться существующимъ, поколику душеприкащику принадлежитъ владѣніе — судьба его неразрывна съ судьбою послѣдняго и наслѣдники, отнимая владѣнія у душеприкащика, лишаютъ его и этого права.

Наконецъ, Д) чрезвычайно оригинальнымъ и не лишеннымъ разумныхъ основаній является правило, которое мы находимъ въ германскомъ проектѣ: душеприкащикъ въ силу закона имѣетъ права на вознагражденіе за труды [2]), причемъ редакторы проекта считаютъ нужнымъ оговорить, что это вознагражденіе не должно быть разсматриваемо, какъ отказъ по завѣщанію; если бы его признавать отказомъ, то душеприкащикъ могъ бы требовать его лишь по удовлетвореніи всѣхъ кредиторовъ завѣщателя [3]).

## II. Отношенія между душеприкащикомъ и лицами и учрежденіями.

Душеприкащикъ вступаетъ въ извѣстныя отношенія, во 1-хъ, съ наслѣдниками и во 2-хъ, съ другими сторонними лицами.

### 1) Отношенія между душеприкащикомъ и наслѣдниками.

Кромѣ отношеній, вытекающихъ изъ завѣщанія и законность коихъ опредѣляется завѣщательной свободой лица, кромѣ правъ наслѣдниковъ требовать отъ душеприкащика совершенія дѣйствій, предписанныхъ умершимъ, отношенія душеприкащика къ наслѣдникамъ слагаются, такъ сказать, изъ соединенія или соприкосновенія двухъ элементовъ: правъ и обязанностей перваго, какъ повѣреннаго умершаго лица и правъ вторыхъ на наслѣдственное имущество, по поводу коего дѣйствуетъ первый. Задача законодательства въ этомъ случаѣ состоитъ въ примиреніи этихъ элементовъ: оно должно направить свои нормы къ тому, чтобы было возможно совмѣстное существованіе правъ обѣихъ сторонъ. На этомъ основаніи первою обязанностью наслѣдника является подчиненіе душеприкащику въ предѣлахъ, предоставленной ему завѣщателемъ и закономъ власти, первою обязанностью душеприкащика—исполняя данныя ему порученія, не попирать правъ наслѣдника.

Посмотримъ же какъ законодательства разрѣшаютъ эту задачу.

Французскій и итальянскій кодексы не даютъ особенно точныхъ и положительныхъ опредѣленій касательно этихъ отношеній и относятся къ нимъ, болѣе отрицательно т. е. заботятся болѣе о способахъ разрушенія, прекращенія этихъ отношеній. Какъ извѣстно, наслѣдники могутъ во всякое время прекратить право владѣнія душеприкащика. Но это производится ими подъ слѣдующими условіями: а) они должны представить ему извѣстную сумму, назначенную завѣщателемъ легатаріямъ движимости или б) должны доказать, что ими эти уплаты сдѣланы или, прибавляетъ итальянское уложеніе, b) должны обезпечить эту уплату въ порядкѣ и въ срокъ указанный завѣщателемъ [4]). Это устраненіе душеприкащика отъ владѣнія, толкуется юристами въ весьма обширномъ смыслѣ. Вообще правила объ этомъ устраненіи допускаютъ двоякаго рода

---

[1]) Code civ. art. 1031.

[2]) Entwurf § 1909.

[3]) Motive B. V f. 245.

[4]) Code civ. art. 1020—1027. Cod. civ. it. art. 909, 910.

толкованіе. Одно состоитъ въ томъ, что съ уплатою наслѣдниками легатаріямъ причитающейся имъ суммы, устраняется владѣніе душеприкащика и прекращаются отношенія его съ послѣдними, но это еще не освобождаетъ его отъ исполненія другихъ распоряженій завѣщателя: наслѣдники изъ всѣхъ порученій умершаго принимаютъ на себя лишь уплату легатаріямъ, оставляя за душеприкащикомъ исполненіе остальныхъ т.-е. не устраняютъ его. Другое толкованіе приходитъ къ выводу противуположнаго свойства. Принятіемъ на себя уплаты легатаріямъ, наслѣдники не только прекращаютъ владѣніе душеприкащика, но и устраняютъ его самого, предоставляя себѣ исполненіе всѣхъ остальныхъ порученій завѣщателя. Большинство французскихъ юристовъ придерживается послѣдняго толкованія, относя прекращеніе владѣнія къ способамъ прекращенія душеприкащичесвва. (Мерленъ, Маркадэ и др.).

Но кромѣ такого отрицательнаго отношенія къ отношеніямъ между душеприкащикомъ и наслѣдниками, французская практика даетъ наслѣднику право въ тѣхъ случаяхъ, когда душеприкащику представляется необходимость продать движимость завѣщателя для уплаты легатаріямъ, предупредить эту продажу, выдавъ ему требуемую сумму деньгами.

Вообще французскіе юристы, во взглядѣ на отношенія между душеприкащикомъ и наслѣдникомъ, склоняются всегда болѣе въ пользу послѣдняго и ставятъ душеприкащика по возможности въ подчиненное положеніе. Они даже выставляютъ такого рода общее положеніе касательно этого отношенія: „душеприкащикъ въ дѣйствіяхъ своихъ настолько свободенъ отъ всякой отвѣтственности передъ лицами, насколько дѣйствія эти совершаются имъ съ согласія наслѣдниковъ“. Хотя противъ этого положенія и могутъ быть приведены весьма вѣскія возраженія, но тѣмъ не менѣе нельзя не согласиться съ тѣмъ, что оно вполнѣ согласно съ духомъ французскаго кодекса, со взглядомъ его на душеприкащиковъ.

Наконецъ, французскій и итальянскій кодексы даютъ нѣсколько опредѣленій, направленныхъ къ охраненію правъ наслѣдниковъ, а именно: a) душеприкащику предписывается въ случаѣ существованія въ числѣ наслѣдниковъ малолѣтнихъ, интердицированныхъ и отсутствующихъ (итальянскій кодексъ прибавляетъ еще юридическихъ лицъ) опечатать имущество [1]).

b) Онъ обязанъ въ присутствіи, предполагаемаго наслѣдника, произвести опись имущества. Изъ этой обязанности французскіе юристы выводятъ (на основаніи 942 C. de. p. c.) право его избрать чиновника, производящаго опись [2]).

c) Но самая важная обязанность, налагаемая этими кодексами на душеприкащика — это отчетность: „по истеченіи года (1031, § 5, фр. код. и 908 ит. код.), со дня смерти завѣщателя онъ обязанъ представить отчетъ“. Такого категорическаго постановленія не встрѣтишь ни въ одномъ законодательствѣ; его можно было бы назвать образцовымъ, если бы оно не давало повода одному недоумѣнію, а именно: передъ кѣмъ душеприкащикъ отчетенъ? Мы выше уже упоминали о томъ, что отчетность эта лежитъ на душеприкащикѣ не только передъ наслѣдникомъ, конечно, въ предѣлахъ его интереса, но и передъ всякимъ лицомъ, по отношенію къ которому онъ обязанъ совершить то или другое дѣйствіе касательно имуществъ завѣщателя. Несомнѣно лишь одно, что отчетность эта имѣетъ главнѣйшее значеніе по отношенію къ наслѣдникамъ.

Прусское уложеніе въ случаѣ если завѣщатель поручилъ душеприкащику управленіе оставшимся имуществомъ, постановляетъ, что онъ долженъ разсматриваться какъ управитель чужого имѣнія [3]). Въ судебныхъ рѣшеніяхъ его

[1]) Code civ. art. 1031 § 1. Code civ. it. art. 908.
[2]) Code civ. art. 1031 § 2.
[3]) Landr. T. 1. t. 12 § 558.

называютъ Bevollmächtigter и Verwalter, а наслѣдника Principal, хозяиномъ. Если такъ, то логически отсюда вытекаетъ, что душеприкащикъ: a) обязанъ соблюдать интересъ наслѣдника и b) представлять ему отчетъ въ своихъ дѣйствіяхъ. Эти послѣдніе два пункта [1]) приведены въ уложеніи въ рубрикѣ о душеприкащикахъ, но очевидно, ими не исчерпывается все содержаніе отношенія между душеприкащикомъ и наслѣдникомъ; но говоря, что онъ управитель имѣнія, а наслѣдникъ хозяинъ, оно даетъ практикѣ возможность разрѣшить встрѣчающіеся вопросы, съ одной стороны, на началахъ ученія о довѣренности, съ другой на основаніи того постановленія, что наслѣдникъ не имѣетъ права переступить волю завѣщателя, а душеприкащикъ обязанъ удерживать его въ подобныхъ случаяхъ [2]). Сопоставляя статьи 558 и 560, практика составила себѣ весьма точное представленіе о характерѣ отношенія наслѣдника и душеприкащика по прусскому праву. Положимъ, наприм., наслѣдникъ, какъ хозяинъ, предписываетъ отчудить извѣстную часть имущества; душеприкащикъ вправѣ противиться этому, основываясь на ст. 560, ибо это не поручено ему завѣщателемъ и является нарушеніемъ завѣщательной воли. Очевидно, тѣ два элемента, изъ коихъ слагаются отношенія между наслѣдникомъ и душеприкащиками, не только не притиворѣчатъ тѣмъ двумъ, о которыхъ мы говорили въ началѣ, но суть не болѣе какъ видоизмѣненія ихъ, или вытекаютъ изъ нихъ. Онъ по закону повѣренный (управляющій) наслѣдниковъ, это вытекаетъ изъ правъ ихъ на имущество; они въ своихъ отношеніяхъ къ нему ограничиваются волею завѣщателя, которая сдѣлала его повѣреннымъ (умершаго). Такъ, требуя отъ него совершенія извѣстныхъ дѣйствій, какъ отъ повѣреннаго, они какъ бы осуществляютъ свои права на имущество. Онъ же, удерживая ихъ отъ дѣйствій, противныхъ завѣщанію, осуществляетъ свои права повѣреннаго умершаго. Права обоихъ сторонъ уравновѣшиваются; слѣдовательно противорѣчія нѣтъ. Но мы уже упоминали, что это управленіе можетъ быть по прусскому праву не только поручаемо душеприкащику завѣщаніемъ, но и возложено на него самимъ закономъ. Въ первомъ случаѣ примѣняютъ вышеуказанныя постановленія вообще, хотя въ частности завѣщатель можетъ предписать извѣстныя нормы (закону непротивныя) отношеній душеприкащика, модифицировать эти отношенія хозяина и управителя. Если же въ завѣщаніи ничего даже не говорится объ этомъ управленіи, то, какъ мы видѣли, прусская практика допускаетъ его въ силу закона; тутъ уже отношенія между наслѣдникомъ и душеприкащикомъ создаются, такъ сказать, практикой судовъ, на основаніи общихъ воззрѣній законодательства. И дѣйствительно, установляя, что это управленіе можетъ имѣть мѣсто въ силу одного требованія закона, требованія необходимости исполненія завѣщанія, нужно было и установить эти отношенія.

Въ существѣ они слѣдующія:

a) Душеприкащикъ обязанъ, при вступленіи въ управленіе, составить опись имущества и *представить ее наслѣднику*.

b) Онъ обязанъ въ точности исполнять предписанія своего хозяина (Principal), конечно имѣя всегда въ виду завѣщаніе.

c) Онъ обязанъ во всякое время представить наслѣднику отчетъ о своемъ управленіи.

d) Являясь повѣреннымъ наслѣдниковъ, какъ управитель ихъ имѣнія, онъ вправѣ быть ихъ представителемъ въ судебныхъ спорахъ; но это представительство ограничивается тѣснымъ кругомъ дѣлъ, непосредственно связанныхъ съ управленіемъ; онъ не вправѣ заступать ихъ мѣсто въ случаяхъ

---

[1]) Ibid. §§ 559—569.

[2]) Ibid. § 560.

внѣ управленія лежащихъ, наприм., въ спорахъ о продажѣ земельныхъ участковъ и по поводу другихъ вещныхъ исковъ; также требуется согласіе на взысканіе душеприкащикомъ долговъ.

e) Всякое отчужденіе имущества, связанное съ управленіемъ, душеприкащикъ долженъ дѣлать лишь съ согласія наслѣдниковъ.

f) Наслѣдники вправѣ удалить его до окончанія исполненія завѣщанія (лишь по судебному рѣшенію) за дурное управленіе, за злоупотребленія и упущенія [1]).

Таковы въ общихъ чертахъ отношенія между душеприкащикомъ и наслѣдникомъ по прусскому праву.

Обращаясь къ нашему законодательству по этому вопросу мы находимъ полное отсутствіе прямыхъ опредѣленій. Оно и понятно, ибо по сложившемуся воззрѣнію на душеприкащика, какъ на передатчика отказовъ, не вступающаго ни въ какія отношенія съ наслѣдниками, не представлялось надобности въ опредѣленіи этихъ отношеній. Однако жизнь представляла иногда случаи, что между наслѣдникомъ и душеприкащиками завязывались отношенія; но, какъ видно, эти отношенія отпредѣлялись самимъ завѣщателемъ: въ большинствѣ случаевъ они очень просты и все обязательство душеприкащика сводится къ передачѣ завѣщаннаго имущества, и наслѣдникъ получаетъ лишь право требовать со стороны душеприкащика этой передачи. Но относительно уравновѣшиванія ихъ правъ въ нашемъ законѣ нѣтъ прямыхъ указаній. Судебная практика, на основаніи общаго смысла законовъ, установила два положенія: 1) *душеприкащикъ отчетенъ въ своихъ дѣйствіяхъ передъ наслѣдникомъ* и 2) *онъ передаетъ наслѣднику движимое имущество по описи.* Касательно перваго, сенатъ установилъ сначала, что въ случаѣ жалобы наслѣдниковъ на произвольныя и несогласныя съ завѣщаніемъ распоряженія душеприкащика, онъ обязанъ дать отчетъ, какъ въ отношеніи имущества, временно ввѣреннаго его завѣдыванію, такъ и въ отношеніи точнаго исполненія воли завѣщателя [2]). Впослѣдствіи, сенатъ измѣнилъ свой взглядъ и призналъ за наслѣдникомъ право требовать отчета отъ душеприкащика безотносительно къ тому — совершилъ ли онъ произвольныя и противозаконныя дѣйствія или не совершилъ [3]). Самая мысль о томъ, что отъ душеприкащика можно требовать отчета лишь тогда, когда онъ „злоупотребилъ довѣріемъ завѣщателя“ невѣрна въ самомъ корнѣ. Судъ не создаетъ никакихъ правъ. Если сенатъ признаетъ, что наслѣдникъ можетъ путемъ суда требовать отчета, то этимъ онъ признаетъ это право существующимъ и до суда. При какихъ же условіяхъ оно существуетъ до суда? Неужели наслѣдникъ только тогда можетъ до суда настаивать на представленіи отчета, когда душеприкащикъ уже злоупотребилъ довѣріемъ? Очевидно нѣтъ. Оно существуетъ безусловно, въ силу того, что наслѣдники имѣютъ юридическій интересъ въ исполненіи завѣщанія: они суть собственники имущества, переданнаго душеприкащику для уплаты долговъ, и лица, отвѣтственныя за долги завѣщателя; какъ таковые, они вправѣ требовать отчета; фактъ злоупотребленія тутъ ни при чемъ, въ сторонѣ. Это право, ставъ предметомъ разсмотрѣнія суда, сохраняетъ свою безусловность; къ нему ничего не приростаетъ — оно существуетъ, какъ до, такъ и послѣ суда; активнымъ основаніемъ иска наслѣдника является право требовать отчета; пассивнымъ — неисполненіе душеприкащикомъ своей обязанности представить отчетъ. Одно непредставленіе отчета даетъ наслѣднику права требовать представленія его. Второе положеніе касается принятія наслѣдникомъ имущества

[1]) Striethorst. Sammlung etc B. 8 S. 242, B. 41 S. 18, B. 52 S. 127 и др.

[2]) Р. г. к. д. 1867 г. № 78.

[3]) Р. г. к. д. 1871 г. № 732, 1873 № 578, 1878 № 263 и др.

по описи. Ст. 1297 1 ч. X т. можетъ, кажется, быть применена и къ душеприкащичеству. Въ ней говорится: передача движимыхъ имуществъ совершается врученіемъ оныхъ наслѣдникамъ по описи. Хотя, конечно, за отсутствіемъ прямаго постановленія касательно пріема отъ душеприкащика имущества по описи, оно не можетъ быть возведено на степень необходимаго требованія, но въ виду нѣкоторыхъ соображеній, удачно формулированныхъ г. Побѣдоносцевымъ, оно можетъ быть лишь предложено душеприкащикамъ въ ихъ же интересѣ. „Эта формальность, говоритъ ученый, не рѣдко также упускаемая, существенно необходима въ интересахъ сдающаго вещи, принимающаго ихъ, и стороннихъ лицъ, кои могутъ имѣть притязаніе къ пріемнику. Необходимо удостовѣреніе въ томъ, какія именно вещи вошли въ составъ принятаго по завѣщанію имущества, дабы предупредить могущіе возникнуть споры и пререканія по сему предмету. Посему изъ предосторожности, слѣдуетъ при пріемѣ движимости приглашать нотаріуса для совершенія описи [1]).

Въ заключеніе считаемъ умѣстнымъ указать на видоизмѣненіе отношеній между душеприкащикомъ и наслѣдниками въ случаѣ малолѣтства послѣднихъ. Случай этотъ возбудилъ весьма замѣчательную, по силѣ доводовъ борющихся сторонъ, полемику между проф. Лешковымъ и Калачевымъ. Тутъ могутъ быть два случая: 1) когда по завѣщанію назначено одно лицо и опекуномъ и душеприкащикомъ, и 2) когда эти званія принадлежатъ отдѣльнымъ лицамъ, I. Очевидно въ первомъ случаѣ, если только самое назначеніе произведено законнымъ образомъ, это сосредоточеніе двухъ званій въ одномъ лицѣ должно быть признано, на основаніи принятаго нами общаго положенія, что душеприкащикъ вступаетъ въ обязательственное отношеніе съ наслѣдникомъ; но такъ-какъ въ данномъ случаѣ имѣется малолѣтній наслѣдникъ, то мѣсто его заступаетъ государство, подчиняя себѣ опекуна-душеприкащика на общихъ основаніяхъ. Но если, напр., лицо, имѣющее право назначать душеприкащика, но лишенное права назначенія опекуна (напр. дядя надъ малолѣтнимъ племянникомъ при жизни отца), пожелаетъ соединить оба званія въ одномъ лицѣ, то лицо избранное остается душеприкащикомъ, и надъ малолѣтнимъ назначается особый опекунъ (дѣло Дмитріева 1868 г. въ моск. окр. судѣ). II. Но возможно ли совмѣстное существованіе двухъ лицъ, опекуна и душеприкащика, надъ однимъ имуществомъ, т.-е. можетъ-ли быть признано законнымъ подобное назначеніе завѣщателя? можетъ-ли государство въ случаяхъ не назначенія опекуна надъ малолѣтними, но при наличности назначенія душеприкащика, терпѣть послѣдняго рядомъ съ поставленнымъ имъ опекуномъ? Эти вопросы должны быть рѣшены утвердительно: такой душеприкащикъ становится въ непосредственныя отношенія къ опекуну. Наши практики [2]) рѣшила ихъ такимъ же образомъ. И дѣйствительно, во 1-хъ дѣятельность опекуна и душеприкащика можетъ быть разграничена—душеприкащикъ временно завѣдываетъ, управляетъ имуществомъ и отчетенъ передъ опекуномъ, который заботится о наилучшемъ состояніи имущества и о воспитаніи малолѣтняго; во 2-хъ, законъ требуетъ лишь чтобы малолѣтній и его имущество находились подъ защитою опекуна. Такимъ образомъ, если допустить совмѣстное существованіе двухъ лицъ, душеприкащика и опекуна надъ однимъ имуществомъ, то первый является отвѣтственнымъ управителемъ, если онъ, напр., назначенъ до достиженія малолѣтнимъ совершеннолѣтія, а опекунъ—защитникомъ-воспитателемъ; послѣдній, въ случаѣ недовольства управленіемъ душеприкащика, долженъ требовать устраненія его на основаніи двухъ обстоятельствъ; на томъ, что душеприкащикъ самовольнымъ управленіемъ а) нарушаетъ волю завѣщателя и

---

[1]) Побѣдоносцевъ—Курсъ гр. пр., 22 стр.

[2]) Р. г. к. д. 1870 г. № 381.

b) не даетъ ему, опекуну, возможности исполнить требуемой отъ него закономъ обязанности. При этихъ условіяхъ совмѣстное существованіе ихъ должно считаться возможнымъ и законнымъ.

2) Отношенія между душеприкащикомъ и сторонними лицами.

Между этими сторонними лицами слѣдуетъ отличать лицъ, основывающихъ свои права на имущество завѣщателя на одномъ лишь завѣщаніи, отъ лицъ въ юридическія отношенія съ которыми завѣщатель вступилъ еще при жизни и права или обязанности коихъ могутъ быть основаны не только на завѣщаніи, но и на различныхъ другихъ актахъ. Къ первымъ относятся лица, получающія по завѣщанію отказъ, ко вторымъ всѣ остальныя, какъ-то кредиторы, дебиторы и т. д. Въ непосредственныя отношенія съ душеприкащикомъ конечно вступаютъ тѣ лица этихъ категорій, которыя означены въ завѣщаніи; однако намъ придется упомянуть и о тѣхъ, о которыхъ не говорится въ завѣщаніи.

*А) Отношенія между душеприкащикомъ и лицами, получающими отказъ.*

Эти лица, съ одной стороны, отличаются отъ лицъ, имѣвшихъ только право требованія къ завѣщателю при жизни его и вступающихъ въ отношенія съ душеприкащикомъ, тѣмъ, что послѣднія имѣютъ право предпочтительнаго удовлетворенія передъ первыми, ибо права ихъ на имущество основаны не на завѣщаніи, а на другихъ законныхъ актахъ; еслибъ это было иначе, т.-е. еслибъ ихъ право не предпочиталось, то завѣщатель, надѣлавъ кучу долговъ, оставилъ бы кредиторовъ своихъ безъ уплаты, распредѣливъ въ завѣщаніи все имущество между „милыми ближними". „Долгъ важнѣе дара"—это общее правило. Кредиторы должны быть удовлетворены раньше всѣхъ, хотя бы ничего не осталось на долю лицъ, долженствовавшихъ получить даръ.

Съ другой стороны они отличаются отъ наслѣдниковъ именно тѣмъ, что непосредственныхъ правъ на имущество не имѣютъ и получаютъ его лишь черезъ наслѣдниковъ, на которыхъ налагается завѣщателемъ обязанность выдачи извѣстной суммы этимъ лицамъ; ихъ право вытекаетъ изъ отдѣльнаго обязательства, основаннаго на завѣщаніи. Такъ, по французскому праву legataire à titre universel становится въ такія отношенія къ наслѣднику. „Но наше законодательство, говоритъ Мейеръ, не даетъ особыхъ опредѣленій объ отказахъ, какъ то дѣлаютъ другія законодательства. Въ практикѣ-же отказъ нерѣдко смѣшивается съ наслѣдствомъ и нерѣдко каждое лицо, которому приходится получить что-либо по завѣщанію, называется наслѣдникомъ; это потому, что понятіе о представительствѣ наслѣдодателя его наслѣдникомъ не получило у насъ того полнаго значенія, которое дано ему въ римскомъ правѣ. Однако-же и по нашему праву все-таки есть разница между наслѣдствомъ и отказомъ: наслѣдникъ вступаетъ въ сферу имущественныхъ отношеній наслѣдодателя, тогда какъ лицо, которому по завѣщанію предоставленъ отказъ, имѣетъ право лишь на полученіе опредѣленнаго имущества. И можно формулировать эту разницу между наслѣдствомъ и отказомъ такъ: лицо, въ чью пользу сдѣланъ отказъ, пріобрѣтаетъ право по отношенію къ наслѣднику, является, слѣдовательно, его вѣрителемъ, тогда какъ по отношенію къ самому наслѣднику нѣтъ обязательнаго лица" [1]). Г. Побѣдоносцевъ выражаетъ это различіе между наслѣдникомъ и отказопринимателемъ такимъ образомъ: наслѣдникъ, это преемникъ въ массѣ имущества или въ извѣстномъ цѣльномъ

[1]) Мейеръ, н. с. стр. 637.

имѣнія, лицо же, получающее отказъ пріобрѣтаетъ право на часть имущественной массы, право всегда осуществляемое чрезъ посредство того, на кого завѣщатель возложилъ повинность исполненія этой выдачи [1]).

Если эта повинность исполненія или выдачи возложена на душеприкащика, то между нимъ и лицомъ, получившимъ отказъ, завязывается отношеніе аналогичное отношенію между послѣднимъ и наслѣдникомъ, еслибъ эта повинность лежала на наслѣдникѣ. Но спрашивается, устраняють-ли эти отношенія между душеприкащикомъ и отказопринимателемъ отношенія между послѣднимъ и наслѣдникомъ. Вѣдь обязательство выдачи отказа лежитъ на наслѣдственной массѣ, являющейся принадлежностью наслѣдника—лицомъ обязаннымъ является наслѣдникъ. Можно-ли сказать, что при душеприкащикѣ обязательство это слагается съ наслѣдника и переносится исключительно на душеприкащика. Тутъ надо различать обязательство выдѣлить изъ наслѣдства отказъ отъ обязательства передать отказанное имущество. Первое обязательство, юридически говоря, лежитъ всегда на наслѣдникѣ, второе—на душеприкащикѣ. Потому-то отказоприниматели съ требованіями своими обращаются къ душеприкащику и не могутъ обратиться сразу къ наслѣдникамъ; иски предъявляются къ первому изъ нихъ, но если душеприкащикъ не исполнитъ завѣщанія, то они обращаются къ наслѣднику. Штурмъ [2]) приводитъ въ пользу такого разрѣшенія вопроса практическія соображенія: еслибы отказоприниматель могъ предъявить искъ къ наслѣднику, то были бы возможны фиктивные процессы, выигрышъ коихъ легатаріемъ, помимо участія душеприкащика, уменьшилъ бы наслѣдственное имущество и лишилъ бы душеприкащика возможности исполнить завѣщаніе.

Мы могли бы ограничиться сказаннымъ, еслибы въ государствѣ не находились извѣстныя учрежденія, пользующіяся его особымъ покровительствомъ. Покровительство этимъ юридическимъ лицамъ или учрежденіямъ, въ развитіи которыхъ государство, по своимъ соображеніямъ, заинтересовано, въ данномъ случаѣ выражается въ томъ, что душеприкащикъ, которому поручается завѣщателемъ передать имъ отказъ, находится подъ особымъ контролемъ. Юридическія лица эти суть благотворительныя и учебныя заведенія, церковь и т. п.

Если душеприкащику поручается устройство благотворительнаго заведенія, то исполненіе этого распоряженія совершается подъ надзоромъ правительственнаго органа. Степень и способъ вмѣшательства государства въ отношенія между душеприкащикомъ и учрежденіями различны: надо однако полагать, что если оно вмѣшивается въ случаяхъ постройки благотворительныхъ заведеній, то вѣроятно, не отстраняется отъ вмѣшательства въ эти отношенія и при обыкновенныхъ отказахъ.

Наше право, скудное на опредѣленія, касающіяся душеприкащичества вообще, представляетъ однако довольно полную картину отношеній между душеприкащикомъ и учрежденіями, получающими отказы. Начать съ того, что на основаніи ст. 1090—1091, на обязанности окружнаго суда, утверждающаго завѣщанія, въ которыхъ значатся назначенія въ пользу церквей, монастырей, богоугодныхъ заведеній, вообще на предметы благотворительности и общей пользы, возлагается препровождать къ прокурору выписи изъ завѣщаній для сообщенія въ подлежащее вѣдомство, вмѣстѣ со свѣдѣніями объ имени и мѣстѣ жительства душеприкащика. Эта предупредительность со стороны государства, очевидно, направлена къ тому, чтобы дать учрежденію, получающему отказъ, возможность требовать отъ душеприкащика исполненія возложеннаго на него порученія. Далѣе, мы выше видѣли, что завѣщатель вправѣ предо-

---

[1]) Побѣдоносцевъ, н. с. стр. 503.

[2]) Sturm, н. с. стр. 142.

ставить душеприкащику выборъ юридическаго лица, долженствующаго получить отказъ. Если имѣется подобнаго рода случай, то душеприкащикъ всетаки подпадаетъ подъ надзоръ того или другого правительственнаго учрежденія. Такъ сенатомъ признанъ душеприкащикъ по неопредѣленному назначенію въ пользу церквей, отчетнымъ передъ мѣстнымъ епархіальнымъ начальствомъ [1]). Затѣмъ, въ случаяхъ неопредѣленія въ самомъ завѣщаніи богоугодныхъ заведеній, практика признала [2]), что „если завѣщатель поручилъ душеприкащику по его усмотрѣнію обратить опредѣленную сумму на благотворительныя учрежденія или на пособіе бѣднымъ безъ указанія въ какія именно заведенія должно поступить отказанное имущество и губернія, гдѣ таковое заведеніе находится, то исполненіе такого завѣщанія подлежитъ наблюденію министра внутреннихъ дѣлъ“.

Подъ этимъ правительственнымъ наблюденіемъ, надзоромъ, конечно, слѣдуетъ понимать понужденіе душеприкащика къ исполненію завѣщанія; если онъ мѣшкаетъ, если онъ не приступаетъ къ исполненію, оно имѣетъ право взыскивать съ него убытки, устранить его и т. д. Г. Побѣдоносцевъ приходитъ къ подобному выводу на основаніи ст. 1090. „Власть имѣющія государственныя попечительства надъ богоугодными учрежденіями, говоритъ онъ, могли-бы обратиться къ душеприкащику съ требованіемъ объясненія и понуждать его къ исполненію воли завѣщателя“ [3]). Если-же онъ выбралъ опредѣленное богоугодное заведеніе или церковь, то непосредственно становится подъ его наблюденіе. „Это учрежденіе, говоритъ тотъ-же ученый, получаетъ право требовать отъ него исполненія и отчета“.

Но иное дѣло, если завѣщатель предоставилъ душеприкащику опредѣленіе размѣра отказа—тутъ практика допускаетъ только самый легкій надзоръ, т.-е. если душеприкащикъ далъ хоть одинъ рубль изъ оставшагося имущества, то болѣе требовать отъ него ничего нельзя. Практика до того строга, что запрещаетъ требовать отъ душеприкащика подробнаго отчета, „даже въ томъ случаѣ, когда завѣщатель назначилъ вполнѣ отчетнаго предъ правительствомъ душеприкащика“ [4]).

Но иногда для государства теряется всякая возможность требовать отъ душеприкащика отчета, даже если ему предоставлена передача благотворительнаго отказа, напр., раздача бѣднымъ извѣстной суммы. Какъ удостовѣриться въ томъ, что душеприкащикъ дѣйствительно роздалъ деньги бѣднымъ? Потребовать отъ него предъявленія расписокъ—вещь немыслимая. Сенату въ вышеуказанномъ рѣшеніи предстояло отвѣтить на вопросъ: имѣетъ-ли городская дума право требовать отъ душеприкащика отчета о выдачахъ въ пользу бѣдныхъ жителей города? Сенатъ отвѣтилъ отрицательно и совершенно справедливо. Представьте себя въ положеніи такого душеприкащика: деньги розданы нищимъ, расписокъ съ нихъ не взято—какъ доказать раздачу? Это единственный случай, когда душеприкащикъ безотчетенъ, ибо требованіе отчета фактически невыполнимо.

*В) Отношенія между душеприкащикомъ и контрагентами умершаго, означенными въ завѣщаніи.*

Существо обязательства между душеприкащикомъ и этими лицами заключается въ томъ, что онъ обязанъ совершить, по отношенію къ нимъ, озна-

[1]) Сб. рѣш. с. т. 2 № 101.
[2]) Сб. рѣш. с. т. 2 № 776.
[3]) Побѣдоносцевъ н. с. стр. 520.
[4]) Сб. рѣш. с. т. 1 № 333.

ченныя въ завѣщаніи дѣйствія, а они вправѣ требовать совершенія или на оборотъ, ему принадлежитъ въ силу завѣщанія, въ силу его полномочія право на ихъ дѣйствія, они обязаны совершить ихъ, основываясь не только на завѣщаніи, но и на другихъ актахъ, заключенныхъ ими съ завѣщателемъ при жизни послѣдняго. Въ завѣщаніи опредѣляется лишь: кто вправѣ требовать тѣ или другія дѣйствія или кто обязанъ совершить ихъ за умершаго (въ данномъ случаѣ душеприкащикъ). Вообще эти лица смотрятъ на душеприкащика, какъ на повѣреннаго умершаго, считая его повѣреннымъ своего вѣрителя или должника.

Западно-европейскія законодательства считаютъ лишнимъ давать какія-либо спеціальныя опредѣленія касательно этихъ отношеній, но доктрина различаетъ должниковъ завѣщателя отъ его кредиторовъ; первые, если обязанность ихъ основана на актѣ, совершенномъ завѣщателемъ при жизни безусловно обязаны исполнить все на нихъ лежащее передъ душеприкащикомъ; вторые-же—могутъ игнорировать душешеприкащика: они обращаются къ наслѣдникамъ. Высказывая это послѣднее положеніе, доктрина не различаетъ вѣрителей, означенныхъ въ завѣщаніи, отъ вѣрителей въ немъ не означенныхъ; относительно первыхъ нѣтъ основаній отрицать у наслѣдниковъ право уклониться отъ отвѣта передъ ними и отослать ихъ къ душеприкащику; конечно, если у послѣдняго не окажется имущества для удовлетворенія кредиторовъ, то отвѣтственнымъ становится наслѣдникъ.

Наше законодательство прямо и рѣшительно даетъ душеприкащикамъ право иска отъ имени завѣщателя противъ должниковъ его, если „въ силу завѣщанія такое право ему принадлежитъ“ (ст. 25, у. г. с.), а кредиторамъ дается право на искъ противъ душеприкащика, если иски „эти основаны на завѣщаніи“, т.-е. если въ немъ упомянуто о кредиторахъ (ст. 24 у. г. с.).

*C) Отношенія между душеприкащикомъ и контрагентами умершаго, не означенными въ завѣщаніи.*

Эти суть лица, вступившія въ обязательственныя отношенія съ завѣщателемъ еще при жизни его и въ завѣщаніи не упомянутыя. Говоря объ отношеніяхъ между ними и душеприкащикомъ, слѣдуетъ отличать лицъ, обязавшихся передъ умершимъ, т.-е. должниковъ, отъ лицъ, имѣющихъ къ нему право требованія, т.-е. вѣрителей. Относительно первыхъ должно замѣтить, что они, обязавшись хотя и передъ умершимъ, должны совершить принятыя на себя дѣйствія; вопросъ лишь въ томъ, вправѣ ли душеприкащикъ явиться въ качествѣ представителя завѣщателя, безъ точно выраженнаго на счетъ этихъ лицъ полномочія и требовать отъ нихъ совершенія извѣстныхъ дѣйствій. Далеко не всѣ законодательства признаютъ за нимъ это право иска, безъ предписанія завѣщателя. По мнѣнію Цахаріэ, по духу французскаго законодательства, ему можетъ быть предоставлено это право въ томъ лишь случаѣ, когда завѣщатель передалъ ему владѣніе движимостью и не хватаетъ денегъ на уплату легатаріямъ [2]). Практика прусскихъ судовъ высказывается категорически противъ этого права, настоятельно требуя особаго распоряженія завѣщателя [3]). Но какъ совершенно справедливо замѣтилъ Блунчли, при всемъ желаніи отнять у душеприкащика это право, оно все-таки принадлежитъ ему въ случаяхъ управленія всею массою наслѣдственнаго имущества [4]). И дѣйствительно, категори-

---

[1]) См. объ этомъ у Штурма, н. с. стр. 140—141.

[2]) Zachariae—н. с. стр. 250.

[3]) Strithorst—н. сб. 52 стр. 43.

[4]) Bluntschli н. с. стр. 560.

ческое отрицаніе этого права не только въ иныхъ случаяхъ неудобно, но даже невозможно, если принять во вниманіе, что a) душеприкащикъ долженъ выполнить въ точности всѣ распоряженія завѣщателя и b) что всякаго рода акты, обязательства, въ смыслѣ правъ требованія входятъ въ составъ имущества (res incorporales) завѣщателя. Представимъ себѣ, напр., что завѣщатель назначаетъ душеприкащика надъ всѣмъ своимъ имуществомъ и указываетъ рядъ выдачъ и отказовъ, но наличныхъ денегъ оказывается далеко недостаточно для покрытія этихъ расходовъ; между тѣмъ, у завѣщателя имѣются должники. Разсматривая эти оставшіяся по смерти лица обязательства, какъ часть имущества, мы признаемъ несомнѣннымъ, что душеприкащикъ не только вправѣ, но и обязанъ требовать уплаты по нимъ въ видахъ необходимости произвести означенныя завѣщателемъ выдачи, въ видахъ исполненія его послѣдней воли. По смыслу же прусскаго права душеприкащикъ въ данномъ случаѣ долженъ производить выдачи насколько хватитъ денегъ, затѣмъ устраниться отъ исполненія завѣщанія, сложить съ себя принятое званіе, оставшіеся же акты передаются наслѣдникамъ и они же получаютъ права требованія по нимъ; наконецъ они же обязаны произвести выдачи, которыя не могли быть произведены душеприкащикомъ за неимѣніемъ денегъ. Очевидно подобное разрѣшеніе этого случая нельзя считать согласнымъ съ волею завѣщателя.

Въ этомъ отношеніи весьма раціональнымъ является вышеизложенное постановленіе нашихъ судебныхъ уставовъ, по которому душеприкащикъ имѣетъ право иска „по всѣмъ предметамъ, по коимъ искъ оказывается необходимымъ для исполненія возложенныхъ на него завѣщателемъ распоряженій“ (ст. 25, у. г. с.). Тутъ законъ имѣетъ въ виду одну главную цѣль—полное исполненіе завѣщательной воли и для достиженія ея облекаетъ душеприкащика этимъ правомъ.

Что же касается вѣрителей завѣщателя, неозначенныхъ въ завѣщаніи, то они, собственно говоря, въ отношенія съ нимъ не вступаютъ, а имѣютъ дѣло, такъ сказать, прямо съ имуществомъ и обращаютъ на него свои взысканія. Самое существованіе ихъ почти всегда парализуетъ дѣятельность душеприкащика: они его устраняютъ. Положимъ, напримѣръ душеприкащикъ назначается для передачи отказа; очевидно онъ устраняется кредиторами въ силу того, что a) уплата важнѣе дара и b) если ему вмѣсто передачи дара, коему предпочитается уплата долга, предоставить выдачу долга, то онъ въ этой новой роли уже не является душеприкащикомъ, каковымъ его назначилъ завѣщатель, ибо исполняетъ дѣйствіе, которое ему послѣднимъ прямо не поручено; хотя съ другой стороны нельзя отрицать права душеприкащика на ту часть имущества, которая осталась за уплатою—дабы онъ могъ выполнить хоть часть распоряженія завѣщателя. Наконецъ для кредиторовъ завѣщателя, не упомянутыхъ въ самомъ завѣщаніи, нѣтъ рѣшительно никакого дѣла до послѣдняго и до исполнителей его—имъ нуженъ преемникъ правъ на имѣющееся имущество, они направляютъ свои иски на наслѣдниковъ.

### Юридическое положеніе нѣсколькихъ душеприкащиковъ.

Всѣ законодательства признаютъ законность назначенія нѣсколькихъ душеприкащиковъ. Такъ, французскій кодексъ въ первой же статьѣ о „душеприкащикахъ“ постановляетъ, что завѣщатель можетъ назначить одного или нѣсколькихъ душеприкащиковъ [1]). Въ прусскомъ уложеніи прямо не гово-

[1]) Code civ. art. 1015.

рится объ этомъ правѣ завѣщателя, но признавая, съ одной стороны, душеприкащика повѣреннымъ, съ другой, законность существованія нѣсколькихъ повѣренныхъ, можно предположить, что это не противно духу прусскаго законодательства. Относительно нашего права нечего и говорить: просматривая рѣшенія стараго сената и кассаціоннаго департамента, мы видимъ, что признается неограниченное число душеприкащиковъ—есть завѣщанія, въ которыхъ ихъ назначено до десяти [1]; въ одномъ рѣшеніи [2]) даже „лица, не названныя завѣщателемъ душеприкащиками, но назначенныя въ помощь душеприкащикамъ, равно считаются таковыми". Вообще относительно нѣсколькихъ душеприкащиковъ имѣются не мало положеній, выработанныхъ нашей практикой, но они часто касаются вопросовъ далеко не важныхъ, второстепенныхъ.

Касательно юридическаго положенія нѣсколькихъ душеприкащиковъ, нужно рѣзко отдѣлять два случая: a) когда завѣщатель опредѣлилъ дѣятельность каждаго въ отдѣльности, и b) когда этого имъ не сдѣлано. Въ первомъ случаѣ, каждый изъ нихъ дѣйствуетъ въ предѣлахъ даннаго ему полномочія отдѣльно, независимо отъ другихъ; во второмъ же случаѣ они дѣйствуютъ сообща, исполняютъ завѣщаніе общими силами, и юридическое положеніе ихъ рознится настолько же отъ положенія отдѣльнаго, самостоятельно дѣйствующаго душеприкащика, насколько различно положеніе должниковъ солидарнаго и долевого обязательствъ.

Французскій кодексъ (1033) постановляетъ: „Если назначено нѣсколько душеприкащиковъ и они приняли на себя это званіе (qui aient accepté), то даже одинъ изъ нихъ, за бездѣйствіемъ остальныхъ (au défaut des autres), можетъ приняться за исполненіе завѣщанія, и всѣ они по отчетамъ по ввѣренному имъ движимому имуществу отвѣтствуютъ in solidum". Затѣмъ говорится, что это относится къ тому случаю, когда завѣщатель не опредѣлилъ порознь обязанность каждаго душеприкащика. Это образцовое постановленіе, возбудившее разногласіе въ средѣ ученыхъ, можетъ быть разсматриваемо, какъ положеніе, имѣющее общее теоретическое значеніе. Несогласіе ученыхъ, главнымъ образомъ, касается первой части статьи. Въ виду того, что, по выраженію закона, одинъ изъ душеприкащиковъ можетъ дѣйствовать въ случаѣ уклоненія другихъ, нѣкоторые цивилисты (Дельвенкуръ и др.) полагаютъ, что законодатель ставитъ условіемъ этой возможности дѣйствія *принятіе всѣми душеприкащиками званія* и выводятъ изъ этого то положеніе, что за отсутствіемъ этого принятія всѣми званія, этотъ одинъ уже не можетъ дѣйствовать; иначе говоря, если завѣщатель назначитъ нѣсколькихъ душеприкащиковъ и изъ нихъ отказываются отъ назначенія всѣ, за исключеніемъ одного, то этотъ уже не можетъ дѣйствовать, ибо законъ допускаетъ эту возможность лишь въ томъ случаѣ, когда совершилось принятіе, и принявшіе уже уклоняются отъ дѣйствій. Если законъ допускаетъ дѣйствіе одного оставшагося душеприкащика въ случаѣ принятія званія, говорятъ ученые, то, если это принятіе не состоялось со стороны всѣхъ за исключеніемъ одного, и этотъ уже не можетъ исполнять завѣщаніе. Очевидно, толкованіе это невѣрно. Нельзя приписывать законодателю такія мысли, которыхъ онъ не имѣлъ въ виду высказать. Законъ говоритъ лишь о случаѣ принятія всѣми званія и о бездѣйствіи *принявшихъ*. Измѣнить эту первую посылку для полученія обратнаго вывода мы не вправѣ. О случаѣ отказа душеприкащиковъ только *назначенныхъ* завѣща-

---

[1]) Большое число душеприкащиковъ, по одному и тому же завѣщанію, свойственно не одной нашей юридической жизни; во Франціи это явленіе весьма не рѣдкое, такъ, напр., великій Огюстъ Контъ назначилъ 17 исполнителей своего духовнаго завѣщанія.

[2]) Журн. М. Ю. 1866 г. № 7.

телей, слѣдовательно еще не принявшихъ званія, въ законѣ не упоминается. Мнѣ кажется, что выводу Дельвенкура, вытекающему якобы логически изъ закона, нельзя придавать юридическое значеніе. Однако чѣмъ же руководствоваться практикѣ, въ случаѣ отказа всѣхъ душеприкащиковъ, за исключеніемъ одного? Дозволить ему исполненіе завѣщанія или нѣтъ? Разрѣшеніе этого вопроса, кажется, должно быть поставлено въ зависимость отъ разрѣшенія вопроса о мотивахъ назначенія нѣсколькихъ душеприкащиковъ; если предположить, что завѣщатель назначаетъ нѣсколькихъ въ виду сложности исполненія, въ виду полной невозможности исполненія завѣщанія однимъ изъ нихъ, безъ дѣйствія другихъ, то вопросъ рѣшается отрицательно, если же предположить, что завѣщатель сдѣлалъ это изъ предусмотрительности, въ виду возможности смерти нѣкоторыхъ, то рѣшеніе должно быть утвердительнымъ.

Безелеръ, хотя и имѣя въ виду нѣмецкое право, тоже логически отрицаетъ то, что въ случаѣ назначенія нѣсколькихъ душеприкащиковъ, и отказа отъ званія всѣхъ за исключеніемъ одного, этотъ не вправѣ дѣйствовать. Онъ допускаетъ справедливость этого положенія въ томъ случаѣ, когда завѣщатель опредѣлилъ, что этотъ оставшійся душеприкащикъ можетъ исполнять его волю, только съ помощью другихъ (намекъ на женщинъ). Очевидно, какъ я сказалъ, только въ такомъ случаѣ и можно признать это положеніе.

Прямой смыслъ статьи франц. код., говорящій о душеприкащикахъ, уже принявшихъ званіе, таковъ, что: a) за бездѣйствіемъ (défaut) нѣкоторыхъ принявшихъ званіе душеприкащиковъ, остальные имѣютъ право дѣйствовать; но тѣмъ хуже для бездѣйствующихъ, ибо b) всѣ душеприкащики отвѣтственны in solidum за ввѣренное имъ имущество.

Обратимся къ разсматриванію этой отвѣтственности.

Отвѣтственность единственнаго, отдѣльно дѣйствующаго душеприкащика является въ случаѣ истребленія, повреждения, гибели и т. п. ввѣреннаго ему имущества.

Встрѣчающіеся практическіе вопросы могутъ быть рѣшаемы на общихъ основаніяхъ вознагражденія за вредъ и убытки, причиненныя лицамъ, коимъ принадлежитъ имущество. Это вознагражденіе можетъ быть взыскиваемо съ душеприкащика не только вслѣдствіе прямого, активнаго воздѣйствія его на измѣненіе или уничтоженіе вещи, но и въ случаяхъ простого уклоненія отъ исполненія принятаго на себя обязательства, если слѣдствіемъ этой пассивности былъ ущербъ. Напр., завѣщатель поручаетъ душеприкащику взыскать съ извѣстнаго лица опредѣленную сумму и передать ее наслѣднику; душеприкащикъ, бездѣйствуя, пропускаетъ срокъ земской давности — очевидно, онъ обязанъ вознаградить наслѣдника; такого же рода обязательство возникаетъ для него тогда, когда завѣщатель поручилъ ему внести къ опредѣленному сроку извѣстную сумму въ банкъ на имя наслѣдника, предоставивъ послѣднему пользоваться процентами, но душеприкащикъ запоздалъ взносомъ — очевидно, онъ долженъ уплатить наслѣднику проценты за просроченное время и т. д.

При существованіи нѣсколькихъ душеприкащиковъ, принявшихъ на себя это званіе, мѣра отвѣтственности въ существѣ остается тою-же, по отношенію къ причинившему вредъ—измѣняется лишь распредѣленіе, порядокъ ея. Душеприкащикъ бездѣйствующій, если онъ одинъ назначенъ и это бездѣйствіе не влечетъ за собой вреда, просто устраняется; если же ихъ нѣсколько принявшихъ, то уклоняющійся уже не устраняется, а можетъ быть привлеченъ къ отвѣтственности за дѣйствія остальныхъ; хотя, какъ увидимъ, эта отвѣтственность ограничивается лишними хлопотами въ виду интереса вѣрителя солидарныхъ должниковъ. По смыслу приведеннаго постановленія Code civil, мы заключаемъ, что въ случаѣ нанесенія ущерба, рождается отвѣтственность всѣхъ душеприкащиковъ (бездѣйствовавшихъ или принимавшихъ участія въ нанесеніи вреда — это безразлично) передъ лицами и учрежденіями и отвѣт-

ственность провинившагося передъ остальными. Чтобы уразумѣть юридическія отношенія этихъ лицъ между собою, обратимся къ общимъ началамъ о совокупно-солидарныхъ обязательствахъ.

Солидарность между содолжникомъ установляется всегда для облегченія и обезпеченія удовлетворенія вѣрителя. Это облегченіе заключается въ томъ, что послѣдній можетъ требовать удовлетворенія отъ любого изъ содолжниковъ, всѣ они или каждый отвѣчаютъ передъ вѣрителемъ за убытки, понесенные по винѣ хоть бы одного изъ нихъ, ему нѣтъ надобности обращаться къ провинившемуся, онъ требуетъ удовлетворенія отъ любого. Это влечетъ за собой слѣдующія послѣдствія: 1) платежъ, произведенный однимъ изъ солидарныхъ должниковъ освобождаетъ, относительно вѣрителя, всѣхъ прочихъ должниковъ, которые могутъ ссылаться на такой платежъ [1]) и 2) солидарный должникъ, совершившій полный платежъ за себя и за всѣхъ прочихъ, считается съ одной стороны повѣреннымъ товарищества, употребившимъ собственный капиталъ по дѣлу своихъ товарищей и довѣрителей, и вслѣдствіе этого имѣетъ право иска по затратамъ и издержкамъ, которыя онъ сдѣлалъ; съ другой же стороны онъ вступаетъ въ силу самаго закона, въ права удовлетвореннаго имъ вѣрителя и потому можетъ требовать отъ каждаго содолжника, по соразмѣрности, возврата части удовлетворенія, съ него причитающейся [2]). Таковы отношенія въ случаѣ уплаты, произведенной вѣрителю однимъ или нѣкоторыми должниками. Прилагая это общее начало ученія объ обязательствахъ къ душеприкащичеству, мы находимъ, что вѣритель, т.-е. наслѣдникъ и вообще лицо, имѣющее право на имущество, по поводу котораго дѣйствуютъ душеприкащики, въ случаѣ нанесенія имъ ущерба и потерь, обращаютъ искъ на любого изъ нихъ по очереди и получивъ отъ одного или нѣкоторыхъ удовлетвореніе, прекращаютъ съ ними всякія отношенія, но зато душеприкащикъ, уплатившій, но не участвующій въ нанесеніи ущерба или бездѣйствующій касательно исполненія завѣщанія, вступаетъ въ права удовлетвореннаго наслѣдника, становится вѣрителемъ остальныхъ душеприкащиковъ; онъ можетъ направить иски или на нихъ, или непосредственно на провининившагося; въ первомъ случаѣ они всѣ ищутъ съ послѣдняго, во второмъ — одинъ уплатившій. Но какъ бы то ни было, провинившійся долженъ заплатить, отвѣчать за причиненный вредъ: самодарность обязательства не избавляетъ его отъ отвѣтственности; оно едино лишь по отношенію къ вѣрителю, внутри же, въ себѣ самомъ — частично; каждый отвѣтствуетъ самъ за содѣянное имъ, такъ что душеприкащикъ уплатившій всегда возьметъ свое, взыщетъ съ виновнаго; это обременяетъ его лишь хлопотами, но облегчаетъ удовлетвореніе вѣрителя.

Въ законодательствахъ, имѣющихъ особыя постановленія о солидарныхъ обязательствахъ, начала, въ нихъ лежащія, должны быть приложены и къ душеприкащичеству. Но какъ быть въ томъ случаѣ, когда этихъ постановленій нѣтъ, какъ, напр., у насъ? Очевидно тутъ къ отвѣтственности душеприкащиковъ прилагаются правила о вознагражденіи за вредъ и убытки причиненные нѣсколькими повѣренными (ст. 684, 2225); по правиламъ этимъ различаются два случая: или этимъ повѣреннымъ дано порученіе для совокупнаго, нераздѣльнаго исполненія, или для исполненія каждымъ отдѣльнаго порученія; въ первомъ случаѣ повѣренные отвѣчаютъ in solidnm, во второмъ — pro rata. То же слѣдуетъ сказать и о душеприкащикахъ: солидарная или долевая ихъ отвѣтственность за убытки обусловлена солидарнымъ или долевымъ характеромъ обязательства на нихъ возложеннаго завѣщателемъ.

---

[1]) Голевинскій.—О происхожденіи и дѣленіи обязательствъ, стр. 237.

[2]) Ibid., стр. 248.

### С. Прекращеніе душеприкащичества.

Возникшее для лица, вслѣдствіе наличности извѣстныхъ условій, обязательство быть душеприкащикомъ прекращается вслѣдствіе слѣдующихъ причинъ: 1) вслѣдствіе исчезновенія одного изъ необходимыхъ условій существованія душеприкащичества; 2) наступленіемъ срока, и 3) исполненіемъ обязательства.

Подъ первою причиною прекращенія, мы понимаемъ исчезновеніе такого условія, которое имѣлось въ наличности при возникновеніи, но впослѣдствіи, при дальнѣйщемъ существованіи обязательства, исчезло. Слѣдующіе юридическіе факты парализуютъ въ этомъ смыслѣ душеприкащичество: a) объявленіе судомъ недѣйствительности завѣщанія; очевидно, непризнаніе закономъ дѣйствительности акта, на которомъ душеприкащикъ основываетъ свои права, лишаетъ его, такъ сказать, почвы, парализуетъ самое существованіе его дѣятельности; б) уничтоженіе имущества; конечно, оно должно произойти совершенно независимо отъ воли душеприкащика; но спрашивается, какъ быть, если сгоритъ это имущество и получится страховая сумма; безъ сомнѣнія, это не устраняетъ душеприкащика, ибо произошла только замѣна имущества; c) лишеніе лица правоспособности; d) смерть душеприкащика; здѣсь самое важное то, что по смерти лица, какъ это выражено въ франц. код., обязательство къ наслѣдникамъ не переходитъ—это вытекаетъ изъ личнаго характера душеприкащичества. При нѣсколькихъ душеприкащикахъ смерть одного не прекращаетъ обязанности другихъ.

Другая причина прекращенія—наступленіе срока исполненія завѣщанія, хотя бы душеприкащикъ не успѣлъ выполнить обязательства. Этотъ срокъ можетъ быть назначенъ самимъ завѣщателемъ и обязателенъ для душеприкащика.

Французскій кодексъ прямо не назначаетъ срока, но Цахаріэ [1]), изъ смысла уже извѣстныхъ намъ ст. 1026 и 1031 выводитъ: въ случаѣ владѣнія душеприкащикомъ движимостью завѣщателя, обязательство его прекращается по истеченіи года со дня смерти завѣщателя. Затѣмъ, какъ мы выше видѣли, французскіе юристы даютъ распространительное толкованіе статьѣ, говорящей о прекращеніи обязательства съ устраненіемъ душеприкащика наслѣдникомъ отъ владѣнія движимостью; слѣдовательно кодексъ допускаетъ прекращеніе душеприкащичества и до срока.

Наконецъ, полное исполненіе душеприкащикомъ воли завѣщателя—самый нормальный способъ прекращенія душеприкащичества.

---

## II.

## Къ вопросу объ обратныхъ требованіяхъ.

**По поводу процессовъ солеторговцевъ съ соледобывателями о возвратѣ акциза [2]).**

Весьма нерѣдко бываетъ, что законъ, несомнѣнно благодѣтельный по своимъ послѣдствіямъ, вызываетъ въ примѣненіи рядъ недоразумѣній, споровъ и въ концѣ-концовъ убытковъ, далеко не неизбѣжныхъ и непредвидѣнныхъ

---

[1]) Zachariae—н. с. стр. 416.

[2]) Журн. гр. и уг. права 1882 г., кн. 4.

законодателемъ. Если эти убытки неизбѣжны и предвидѣны, если они являются въ формѣ жертвъ, необходимыхъ во имя общаго блага, достигаемаго закономъ, то противъ нихъ не можетъ быть сдѣлано ни одного возраженія; напр., если, благодаря отмѣнѣ акциза на соль, покупщики, солеторговцы понесутъ ущербъ, то бѣды въ этомъ никакой нѣтъ, конечно, при томъ условіи, что акцизъ этотъ уплаченъ казнѣ, а не покоится въ карманѣ частнаго лица; но если ущербъ понесенъ частными лицами, не благодаря непосредственно новому закону, а благодаря тому, что новый законъ осложнилъ имущественныя отношенія гражданъ, причемъ одно лицо обогатилось на счетъ другихъ, то возражать противъ этого слѣдуетъ; напр., если покупщики соли уплатили акцизъ продавцамъ, а тѣ не внесли его въ казну, благодаря тому, что ихъ отъ этого освободили, то убытокъ этотъ далеко не неизбѣженъ; законодатель былъ далекъ отъ мысли нарушать новымъ закономъ такое коренное начало юридическаго быта, которое свято охраняется, а именно, что никто не можетъ обогащаться на чужой счетъ.

Законъ 23 ноября 1880 года, коимъ отмѣненъ акцизъ на соль, законъ, съ изданія котораго „начинается новая эпоха для нашего соляного законодательства“ [1])—породилъ рядъ недоразумѣній, споровъ. Собственно говоря, не самъ законъ этотъ, а указъ того же числа и года, изданный въ дополненіе къ нему. вызвалъ эти недоразумѣнія и споры. Дѣло въ томъ, что законъ, 23 ноября долженъ былъ вступать въ силу 1 января 1881 года, но указомъ 23 ноября ему придана обратная сила на 1880 годъ, хотя и не въ полномъ объемѣ. Если бы ему была придана обратная сила въ полномъ объемѣ, то казнѣ пришлось бы возвратить акцизъ уже уплаченный и не принимать акцизъ еще не внесеный. Указомъ 23 ноября только прощенъ акцизъ еще не внесенный, а таковаго было не мало, такъ какъ, по существовавшему въ 1880 году порядку уплаты акциза, соледобыватели пользовались 12-ти мѣсячною разсрочкою въ уплатѣ акциза, подъ условіемъ внесенія залога рубль за рубль. Указомъ 23 ноября и предписано залоги эти возвратить и обезпеченный ими акцизъ не взимать. Почему правительство считало необходимымъ установить такую привиллегію въ пользу соледобывателей, неуспѣвшихъ внести акцизъ, почему оно поставило ихъ въ лучшее положеніе, чѣмъ соледобывателей, уже уплатившихъ акцизъ, это вопросъ государственной политики, въ разсмотрѣніе котораго я не стану входить; ниже я его коснусь, а пока ограничусь лишь одною юридическою стороною вопроса. Освободивъ слѣдов. соледобывателей отъ уплаты акциза, государство создало такого рода явленія: нѣкоторые солеторговцы, купившіе соль у соледобывателей въ 1880 году, уплатили имъ сполна и цѣну соли и акцизъ, а соледобыватели акциза, въ силу указа 23 ноября, въ казну не внесли. Естественное дѣло, что солеторговцы, переплатившіе за соль, заявили притязаніе на обратное полученіе акциза, ими уплаченнаго. Одни изъ нихъ получили его обратно отъ соледобывателей, такъ гр. Строгановъ, Блиновъ, Товарищество пермской соли и др. возвратили акцизъ добровольно; другіе солеторговцы обратились къ министру финансовъ, который счелъ притязанія ихъ справедливыми и предложилъ соледобывателямъ разсчитаться добровольно; третьи, наконецъ, предъявили иски къ соледобывателямъ, а судебныя учрежденія—коммерческій судъ и IV деп. сената—имъ въ искахъ отказали.

Любопытно проанализировать, съ чисто юридической стороны, вопросъ о правѣ солеторговцевъ на обратное требованіе съ соледобывателей акциза. Сначала я остановлюсь на этомъ анализѣ, а затѣмъ разсмотрю всѣ доводы

[1]) А. Штофъ. Сравнительный очеркъ горнаго законодательства въ Россіи и Западн. Европѣ ч. 1 стр. 220.

pro и contra, высказанные при судебномъ разрѣшенiи спора Иноземцева и др. съ Первушиными о правѣ обратнаго требованія акциза.

Спорное отношеніе въ дѣлахъ о возвратѣ акциза прежде и ближе всего связано съ договоромъ купли-продажи движимаго имущества, т.-е. съ договоромъ, по силѣ коего одна сторона обязуется доставить за извѣстную цѣну соль, а другая уплатить это вознагражденіе. Но по нашему законодательству сторонамъ предоставляется „включать въ договоръ всякія условія, закону не противныя“ (X т. 1 ч. ст. 1530). Такъ что въ куплѣ-продажѣ стороны кромѣ главныхъ обязательствъ—доставленія вещи и уплаты цѣны—могутъ принять на себя всякія другія, закону не противныя. Обязательства эти могутъ состоять также въ уплатѣ одной стороной той или другой суммы другой сторонѣ; въ частности, покупщикъ можетъ на себя принять таковое обязательство. Это т.-наз. побочное обязательство, имѣетъ свое самостоятельное юридическое значеніе. Напр., лицо покупаетъ вещь за 1000 руб. и кромѣ того обязуется вручить продавцу 20 рублей за доставку вещи, или обязуется вручить продавцу 50 рублей на уплату таможенныхъ сборовъ и т. п. Конечно, экономически разсуждая, эти деньги вмѣстѣ съ 1000 руб. составляетъ цѣну вещи; покупщикъ можетъ сказать что вещь ему обошлась 1020 и 1050 руб., но юридически эти 1020 и 1050 руб. не составляетъ цѣны купли, а являются двумя отдѣльными вещественными объектами двухъ разныхъ обязательствъ: 1000 руб. цѣна вещи, 20 и 50 р.—сумма имѣющая быть уплаченою отдѣльно отъ цѣны. Точно такъ же при покупкѣ соли. Предположимъ цѣна одной соли—17 к., и акцизу уплачивается 25 к. съ пуда. Экономически разсуждая, лицо покупаетъ соль за 42 к., съ пуда; цѣною является 42 к., но юридически, цѣна 17 к., а 25 к. есть та сумма, которую покупщикъ обязуется уплатить или продавцу или прямо казнѣ. Въ этомъ договорѣ можетъ быть сказано: я такой то купилъ соль и обязуюсь уплатить за нее 17 к., а 25 к. акцизу внести въ казну; или: я купилъ соль и обязуюсь уплатить продавцу 17 к. за соль и 25 акцизу. По смыслу 1530 ст. обязательство уплаты акциза есть условіе, закону не противное. Въ тѣхъ случаяхъ, когда покупщикъ принимаетъ на себя обязательство уплатить акцизъ продавцу, предполагая, что тотъ внесетъ его въ казну, въ договорѣ говорится просто: „обязуюсь за соль уплатить 42 к.“; тутъ, судъ на основанiи 1539 ст., примѣняетъ правила о толкованiи договоровъ т.-е. имѣетъ въ виду „намѣреніе“ договаривающихся лицъ и „обычай“ обозначать въ договорахъ цѣну въ смыслѣ экономическомъ, а не юридическомъ, т.-е. слитно, одною цифрою, а не двумя, раздѣльно. Всякій судъ, дѣйствующій согласно съ закономъ, въ этомъ случаѣ увидитъ двѣ цифры, два объекта двухъ разныхъ обязательствъ—обязательства уплаты цѣны, въ собственномъ смыслѣ, и обязательство уплаты акциза. Но нерѣдко въ договорахъ о покупкѣ соли говорится: я, покупщикъ, обязуюсь уплатить 42 к. за пудъ, а я, продавецъ, обязуюсь уплатить акцизъ. Это послѣднее обязательство въ данномъ случаѣ не имѣетъ юридическаго значенія; продавецъ не беретъ на себя какое-либо порученіе отъ имени покупщика; это обязательство лежитъ на немъ въ силу закона; соледобыватель уплачиваетъ акцизъ, развѣ бы въ договорѣ, обязательство это принялъ на себя покущикъ; если первый говоритъ: „я беру на себя уплату казнѣ акциза“, то это лишь праздное, въ юридическомъ смыслѣ, выраженіе, конечно, если изъ цифры, обозначенной въ договорѣ очевидно, что покупщикъ обязанъ уплатить продавцу акцизъ. Выраженіе это—самое большее—имѣетъ значеніе, какъ точка опоры для истолкованія договора, въ томъ случаѣ, когда изъ цифры, обозначающей цѣну (экономическую) вещи, не очевидно, что акцизъ входитъ въ нее и что покупщикъ обязался уплатить его продавцу вмѣстѣ съ цѣною; напр., цѣна обозначена—27 коп.; невѣроятно, что продавецъ продалъ соль за 2 к. за пудъ и 25 коп. въ правѣ получать въ уплату акциза; но если въ договорѣ сказано: я, продавецъ, беру акцизъ на себя, то это выраженіе не-

сомнѣнно показываетъ, что 27 к. образовалось изъ 2 к. цѣны и 25 к. акциза. Что обязательство уплаты продавцу акциза, принятое на себя покупщикомъ, есть обязательство отдѣльное отъ обязательства уплаты цѣны, видно изъ того, что обязательства эти могутъ быть исполнены разновременно и совершенно независимо одно отъ другого. Покупщикъ напр., купилъ соль въ кредитъ за 42 к.; изъ самой цифры несомнѣнно, что онъ обязался уплатить продавцу акцизъ. Продавецъ соледобыватель сообщаетъ по телеграфу своей конторѣ, что соль должна быть выдана покупщику, но объ акцизѣ не упоминаетъ. Покупщикъ, находясь въ это время въ конторѣ и желая получить *свою* соль изъ амбара, можетъ уплатить акцизъ, т.-е. исполнить побочное обязательство. Понятная вещь, что продавецъ не можетъ съ него требовать 42 к., а лишь 17 коп., ибо онъ исполнилъ свое обязательство: уплатилъ, хотя и ранѣе срока, 25 к.

Въ договорѣ купли-продажи соли всегда покупщикъ принимаетъ на себя передъ продавцомъ обязательство уплаты акцизныхъ денегъ, но иногда онъ обязывается произвести уплату прямо казнѣ, а иногда—самому продавцу. Въ договорѣ это оговаривается, а если смыслъ договора теменъ, то судъ путемъ толкованія рѣшаетъ: кому долженъ быть произведенъ платежъ акциза. Въ большинствѣ случаевъ платежъ долженъ быть произведенъ продавцу. Это побочное обязательство насъ и интересуетъ. Для дальнѣйшаго изложенія важно то, что покупщикъ принимаетъ на себя самостоятельное обязательство уплаты акциза, а продавецъ *никогда* не принимаетъ на себя таковаго обязательства передъ покупщикомъ. Въ силу закона обязательство „внести акцизъ" лежитъ на продавцѣ, хотя изъ смысла ст. 4 устава о соли, по прод. 1879 г., и выходитъ, что солеторговцы и соледобыватели подъ общимъ наименованіемъ „содержатели соленыхъ складовъ" стоятъ въ одинаковомъ положеніи, а слѣдовательно и тѣ, и другіе могутъ внести акцизъ, тѣмъ не менѣе солеторговецъ является обязаннымъ внести акцизъ лишь тогда, когда соледобыватель предоставилъ ему это обязательство. Вываренная соль прежде всего лежитъ въ амбарѣ соледобывателя; казна прежде всего знаетъ его: онъ обязанъ уплатить акцизъ. Но казна можетъ потребовать акцизъ и съ солеторговца,—но лишь въ такомъ случаѣ, когда соледобыватель позволитъ перенести соль изъ своего амбара въ амбаръ солеторговца. Онъ можетъ дозволить или не дозволить,—это его дѣло; если онъ дозволилъ, то тѣмъ самымъ перенесъ свое обязательство на солеторговца. Безъ согласія соледобывателя, выраженнаго, напр., въ видѣ выпуска соли изъ амбара, казна не вправѣ получить акцизъ съ солеторговца. Если такъ, если на соледобывателѣ лежитъ это законное обязательство, назовемъ его „внесеніе въ казну акциза", то ему нечего обязываться въ этомъ передъ покупщикомъ. Но „внесеніе въ казну акциза" слѣдуетъ отличать отъ „уплаты акцизныхъ денегъ" покупщикомъ. Это послѣднее обязательство, какъ мы сказали, всегда лежитъ на покупщикѣ, потому что акцизныя деньги входятъ въ экономическое понятіе цѣны—всегда покупщикъ платитъ за соль цѣну соли + акцизъ. Но эта уплата акциза выражается или въ формѣ обязательства уплатить акцизныя деньги продавцу, или въ формѣ обязательства внести акцизъ въ казну. Такимъ образомъ получаемъ слѣд. формулу:

1) Всегда соледобыватель обязанъ внести акцизъ въ казну

а) самъ или б) перенеся обязанность на солеторговца.

2) Всегда солеторговецъ обязанъ уплатить акцизныя деньги

в) казнѣ, но съ разрѣшенія соледобывателя. г) соледобывателю

Соединяя случаи а, б, в и г, получаемъ лишь двѣ формулы:

А) Соледобыватель самъ обязанъ внести акцизъ въ казну (а) а акцизныя деньги солеторговецъ обязанъ уплатить соледобывателю (г).

Б) Соледобыватель можетъ перенести на солеторговца обязанность внести акцизъ въ казну (б) и солеторговецъ обязанъ уплатить акцизныя деньги казнѣ (в).

Къ формулѣ А и сводится правоотношеніе, по поводу котораго солеторговцы спорятъ съ соледобывателями. Понятно, что тутъ нѣтъ мѣста обязательству продавца соли передъ покупщикомъ внести акцизъ въ казну. Тутъ лишь два обязательства: обязательство продавца передъ закономъ и обязательство покупщика передъ продавцемъ. Логическое, юридическое соотношеніе между этими обязательствами таково: обязательство покупщика уплатить за соль акцизныя деньги принимается имъ на себя въ томъ *предположеніи*, что продавецъ обязанъ внести акцизныя деньги въ казну. Всегда договаривающіяся стороны имѣютъ въ виду жизнь въ ея настоящемъ видѣ, существующій правовой порядокъ. Чувствуя подъ собою извѣстную твердую почву, не витая въ облакахъ, они пріобрѣтаютъ права и принимаютъ на себя обязанности, предполагая наличность извѣстныхъ обстоятельствъ въ окружающемъ ихъ мірѣ. Они предполагаютъ напр., наличность тѣхъ или другихъ обязанностей, налагаемыхъ закономъ на ихъ контрагентовъ; иногда только въ виду наличности этихъ обязанностей, въ предположеніи существованія ихъ, они принимаютъ на себя извѣстныя обязанности по отношенію къ контрагенту. Точно также въ случаѣ насъ занимающемъ. Юридическая связь двухъ обязательствъ, формулированныхъ въ положеніи А, именно въ этомъ и состоитъ; обязанность покупщика соли уплатить за нее (независимо отъ цѣны) акцизныя деньги возникла именно въ томъ предположеніи, что продавецъ въ силу закона обязанъ внести акцизъ въ казну. Связь между этими двумя обязательствами до того тѣсна и неразрывна, что одно безъ другаго немыслимо. Если продавецъ не обязанъ внести акцизъ, то и покупщикъ не обязанъ уплачивать акцизныя деньги. Эта связь двухъ обязательствъ выступаетъ весьма рѣзко въ слѣдующемъ случаѣ. Когда соль куплена въ кредитъ за 42 коп., а затѣмъ законъ прощаетъ или возвращаетъ продавцу акцизъ въ 25 к., то продавецъ не можетъ взыскивать 42 к., а лишь 17 к.; ни одинъ судъ не присудитъ ему 42 коп. Представимъ себѣ далѣе, что сторонамъ не извѣстно, что акцизъ съ соли не взыскивается, что стороны ошиблись и продавецъ вовсе не обязанъ вносить въ казну ту или другую сумму. Понятно, что при такомъ заблужденіи и покупщикъ не обязанъ уплатить эту сумму. Предположеніе, благодаря которому онъ принялъ на себя обязательство, оказывается nonsens'омъ: при этомъ только предложеніи онъ принялъ на себя обязательство и о необходимости исполненія не можетъ быть рѣчи. Кассаціонная практика признала давно и продолжаетъ признавать, что заблужденіе сторонъ относительно существенныхъ частей сдѣлки, дѣлаетъ ее не дѣйствительною [1]), существенное-же значеніе обязательства продавца, какъ предположенія обязательства покупщика, не можетъ подлежать сомнѣнію.

Теперь представимъ себѣ, что въ письменную форму договоръ облеченъ въ тотъ моментъ, когда, исполненіе по уплатѣ акцизныхъ денегъ уже наступило; такъ въ дѣйствительности всего чаще и бываетъ. Понятно, что все вышеизложенное примѣняется и къ этому случаю. Обязательство исполненное остается столь-же самостоятельнымъ и независимымъ отъ обязательства уплаты цѣны купли. Какъ и до исполненія, обязательство продавца остается исключителью на немъ лежащимъ передъ казною, а не передъ покупщикомъ; юри-

---

[1]) Р. г. к. д. $^{1450}/_{73}$ $^{858}/_{75}$ $^{394}/_{76}$ и др.

дическая связь его съ обязательствомъ покупщика, уже уплатившаго акцизныя деньги, та же самая. Въ этомъ случаѣ мы лишь видимъ, что покупщикъ *исполнилъ* свое обязательство въ томъ *предположеніи*, что продавецъ обязанъ исполнить свое обязательство передъ казной т.-е. что на немъ лежитъ обязательство внести акцизъ въ казну. Рождается вопросъ: *можетъ ли покупщикъ соли требовать обратно сумму, уплаченную въ томъ предположеніи, что продавецъ соли обязанъ внести акцизъ въ казну, а между тѣмъ обязанности этой на продавцѣ вовсе не лежитъ, акциза вовсе не существуетъ?* Обращаюсь сначала къ вопросу о возвратѣ бездолжно-уплаченнаго.

Наше законодательство выставляетъ общее положеніе, что „права на имущества пріобрѣтаются не *иначе*, какъ способами въ законахъ опредѣленными" (ст. 699). Если рѣшить, что сумма денегъ, уплаченная, по ошибкѣ, во исполненіе обязательства не существующаго, должна остаться у получившаго ее, то придется признать, что онъ пріобрѣлъ ее „законнымъ способомъ" т.-е. что законодательство допускаетъ пріобрѣтеніе имуществъ путемъ такихъ сдѣлокъ, которыя возникли: 1) благодаря заблужденію въ существенныхъ частяхъ; 2) путемъ дѣйствія являющагося лишь съ внѣшней стороны исполненіемъ обязательства, 3) даже въ томъ случаѣ, когда на исполнившемъ вовсе не лежало никакой обязанности и 4) даже въ томъ случаѣ, когда лицо извлекло выгоду изъ совершеннаго исполненія, не имѣя права на нее. Если законодательство все это допускаетъ, то конечно обратное требованіе невозможно, такъ какъ пріобрѣтенное перешло къ лицу законнымъ способомъ и какъ законно-пріобрѣтенное у него не можетъ быть отнято. Прежде чѣмъ обратиться къ анализу отдѣльныхъ перечисленныхъ мною положеній, поясню сдѣланное умозаключеніе. Современная теорія права выработала рядъ условій, при наличности которыхъ возможно обратное требованіе того, что получено лицомъ отъ другого во исполненіе обязанности, въ дѣйствительности несуществующей, но существованіе которой признается лицомъ, благодаря ошибочному предположенію. Возвратъ возможенъ при слѣдующихъ условіяхъ: 1) лицо исполнившее должно находиться въ заблужденіи; 2) исполненіе должно являться таковымъ лишь по внѣшнимъ признакамъ своимъ; 3) на исполнившемъ не должно лежать никакой обязанности и 4) лицо, извлекши выгоду изъ совершеннаго исполненія, не должно имѣть права на нее. Если лицо пріобрѣло имущество при такихъ условіяхъ, то обязано его возвратить, какъ пріобрѣтенное незаконнымъ способомъ. Наше законодательство объ обратныхъ требованіяхъ ничего не говоритъ, но выставляетъ лишь общее положеніе, упомянутое въ 699 ст.; затѣмъ, какъ увидимъ, въ немъ имѣется достаточно данныхъ, чтобы признать, что пріобрѣтеніе имущества, при такихъ условіяхъ, при которыхъ теорія допускаетъ возвратъ имущества, есть пріобрѣтеніе незаконное; если оно не законно, то подлежитъ возврату; отсюда умозаключаемъ, что наше законодательство допускаетъ обратныя требованія уплаченнаго во исполненіе мнимаго обязательства. Такимъ путемъ и я поведу свою аргументацію, имѣя въ виду сначала вообще обратныя требованія полученнаго во исполненіе мнимаго обязательства, а затѣмъ обратное требованіе акциза. И такъ, 1) признаетъ ли законодательство законнымъ пріобрѣтеніе имущества путемъ договора, въ основаніе котораго лежитъ ошибка, фактическая или юридическая. Въ нашемъ X т. ученіе о заблужденіи совсѣмъ не развито. Есть лишь одно опредѣленіе, касающееся завѣщательнаго права, о значеніи-же заблужденія въ договорахъ нигдѣ не говорится. Однако ученые и практика признаютъ его значеніе и у насъ. Такъ, г. Побѣдоносцевъ говоритъ, что по самому существу дѣла нельзя отрицать значенія важной ошибки въ договорныхъ отношеніяхъ [1]). Практика сената хотя не

[1]) Побѣдоносцевъ—Курсъ гражд. пр. т. 3 стр. 123 См. еще Голевинскій. Происх. и дѣленіе обяз. стр. 66. Мейеръ. Русское гражд. право, стр. 389 и др.

выработала твердыхъ началъ, но признала то положеніе, что договоръ долженъ быть признанъ недѣйствительнымъ, если въ основаніи его лежитъ заблужденіе: когда, напр., обѣ стороны ошибались относительно значенія талона въ металлическихъ билетахъ или относительно принадлежности картины кисти извѣстнаго живописца. Положенія, выработанная наукою, примѣняются и практикою, на сколько это не противно закону. Такъ наука признала, что вещь, переданная по ошибкѣ другому, во исполненіе обязательства, должна быть возвращена, какъ незаконно пріобрѣтенная, причемъ наука и законодательства ставятъ фактическую ошибку въ одинаковое положеніе съ юридическою; напр. если лицо уплатило извѣстную сумму денегъ, предполагая, что по закону оно обязано платить или вообще находится въ невѣдѣніи „законнаго свойства отношеній“ [1]), какъ говоритъ г. Побѣдоносцевъ, то можетъ требовать уплаченное обратно. Несомнѣнно, что изъ существа дѣла вытекаетъ, что и по нашему праву пріобрѣтеніе имущества путемъ полученія его по ошибочному представленію со стороны уплатившаго о существованіи долга или закона есть пріобрѣтеніе незаконное. 2) Признаетъ-ли законодательство наше законнымъ пріобрѣтеніе имущества, перешедшаго къ лицу путемъ дѣйствія, являющагося исполненіемъ обязательства лишь по внѣшнимъ признакамъ, по видимому. Отрицательный отвѣтъ понимается самъ собой: исполненіе обязательства, заключающагося, напр., въ передачѣ вещи, только въ такомъ случаѣ можетъ быть основаніемъ пріобрѣтенія права, когда оно является исполненіемъ не только по внѣшнимъ признакамъ, но и по содержанію, т.-е. когда оно является реализаціей права одной стороны и обязанности другой. 3) Признаетъ-ли законодательство наше законнымъ пріобрѣтеніе имущества путемъ исполненія такого дѣйствія, къ которому лицо вовсе не было обязано, ни юридически, ни нравственно. И тутъ отрицательный отвѣтъ понятенъ самъ собой. Незачѣмъ и ссылаться на ст. 1536, въ силу которой договоры (т.-е. обязательства) должны быть исполняемы...; если самаго обязательства нѣтъ, то и объ исполненіи, въ смыслѣ способа перенесенія имущества, нечего говорить; точно также незачѣмъ и указывать на примѣчаніе къ ст. 699; вѣдь законные способы пріобрѣтенія имущества суть и обязательства, а слѣдов. если обязательства нѣтъ, то и имущество пріобрѣтено (хотя-бы исполнившій и думалъ, что исполняетъ обязательство) незаконно. 4) Признаетъ-ли наше законодательство пріобрѣтеніе имущества т.-е. извлеченіе имущественной выгоды безъ права на нее. Нѣтъ, въ X т. имѣется масса статей, изъ которыхъ видно, что обогащаться на чужой счетъ не дозволяется, напр., всѣ постановленія о возвратѣ имущества изъ неправоваго владѣнія (609—694), о вознагражденіи за вредъ и убытки (644—690), о запрещеніи самоуправства (690), о правѣ возврата имущества отнятаго (691), объ исключительномъ правѣ суда лишить лицо его имущества (574) и мн. др.

Изъ изложеннаго можно сдѣлать то заключеніе, что законодательство наше не признаетъ законнымъ пріобрѣтеніе однимъ лицомъ имущества путемъ исполненія другимъ обязательства, въ дѣйствительности не существующаго, но существованіе коего ошибочно предполагается. Такое пріобрѣтеніе противно ст. 699, а слѣдов. незаконно и какъ полученное незаконнымъ путемъ должно быть возвращено. Право обратнаго требованія бездолжно-уплаченнаго признается нашимъ закономъ.

Теперь обратимся къ вопросу выше поставленному. Имѣетъ-ли солеторговецъ право обратнаго требованія акцизныхъ денегъ, уплаченныхъ соледобывателю въ ошибочномъ предположеніи, что послѣдній обязанъ уплатить акцизъ. Предположимъ, что соледобыватель продалъ соль солеторговцу уже послѣ изданія закона объ отмѣнѣ акциза, и что обѣ стороны (ради устра-

[1]) Побѣдоносцевъ, н. с. стр. 605.

нения вопроса объ отмѣнѣ) находились въ невѣдѣнии. Спросятъ: зачѣмъ я ставлю вопросъ такого рода, когда въ процессахъ, по поводу которыхъ я пишу настоящую статью, дѣло идетъ вовсе не о томъ; тамъ никто не заблуждался, стороны уплатили, что должны были уплатить и т. д. Совершенно вѣрно; я видоизмѣнилъ практическій случай, насъ занимающій, въ томъ смыслѣ, что сдѣлалъ его пригоднымъ для повѣрки началъ, выработанныхъ наукою и признанныхъ нашими законами для обратныхъ требованій. А это мнѣ нужно было въ виду того, что мы будемъ имѣть дѣло съ обратнымъ дѣйствіемъ закона, т. е. съ тѣмъ случаемъ, когда въ силу закона данный фактъ разсматривается, какъ совершившійся уже при господствѣ новаго закона.

Итакъ, можетъ-ли солеторговецъ, купившій соль послѣ 1-го января 1881 г. и уплатившій акцизныя деньги, требовать ихъ обратно. Обратное требованіе возможно 1) когда стороны находились въ невѣдѣніи законныхъ свойствъ ихъ отношеній. Въ данномъ случаѣ невѣдѣніе ихъ заключается въ томъ, что онѣ не знали, что акцизъ на соль отмѣненъ. Устранимъ сначала одно возраженіе. Могутъ сказать, что по нашему праву незнаніемъ закона нельзя отговариваться, незнаніе это не можетъ служить въ пользу лица и т. д. Совершенно вѣрно; принципъ этотъ признается, но абсолютному, проведенію его мѣшаетъ другой принципъ: не извлекай выгоды изъ чужого невѣдѣнія. Представимъ себѣ, что акцизный чиновникъ послѣ 1 января 1881 г. получаетъ акцизъ съ соледобывателя. Развѣ, благодаря невѣдѣнію закона, послѣднему нельзя требовать уплаченнаго обратно? Скажутъ: въ этомъ случаѣ имѣемъ дѣло съ обманомъ, а не съ невѣдѣніемъ. Положимъ такъ, но существенный признакъ различія между обманомъ и ошибкою заключается въ „*недобросовѣстности* стороны, вводящей въ заблужденіе“ [1]); невѣдѣніе-же стороны заблуждающейся то же самое. Возьмемъ невѣдѣніе въ чистомъ видѣ. Въ арендномъ договорѣ сказано, что собственникъ можетъ, при неисправности арендатора, взыскать законную неустойку; арендаторъ неустоялъ и уплатилъ 3%; обѣ стороны не знали ст. 1574 и 1575. Тутъ, благодаря ошибочному предположенію въ существованіи закона, стороны имѣли въ виду предметъ несуществующій. Если собственникъ добровольно не отдаетъ полученной суммы, то онъ тѣмъ прямо говоритъ, что желаетъ извлечь выгоду изъ невѣдѣнія арендаторомъ закона, что, конечно, незаконно. Итакъ, стороны—соледобыватель и солеторговецъ—не знали объ отмѣнѣ акциза. Я указалъ уже на ту связь, которая имѣется между обязательствомъ покупщика соли уплатить продавцу акцизныя деньги и обязательствомъ продавца внести акцизъ въ казну. Стороны, не зная, что изданъ законъ 23 ноября 1880 года, естественно предполагали, что на продавцѣ лежитъ обязательство ex lege внести акцизъ. Такъ что можно сказать, что стороны ошибались относительно существованія обязательства. Но такъ какъ это обязательство есть предположеніе (см. стр. 155) обязательства покупщика, то, можно сказать, что они ошибались относительно существованія этого обязательства. Я сказалъ, что покупщикъ и не принялъ-бы на себя этого обязательства передъ продавцемъ, еслибы не предполагалъ существованія обязательства продавца передъ казною. Такъ что мы имѣемъ три обстоятельства, логически связанныхъ:

1. Указъ 23 ноября 1880 г.
2. Обязательство внесенія акциза въ казну.
3. Обязательство уплаты продавцу акцизныхъ денегъ.

Изъ незнанія о существованіи перваго вытекаетъ незнаніе о несуществованіи второго, изъ незнанія о несуществованіи второго вытекаетъ уже

---

[1]) Карницкій. Объ обманѣ въ договорахъ. Проток. зас. гражд. отд. спб. юрид. общ. 1879 г., стр. 130.

несуществованіе третьяго, какъ соединеннаго со вторымъ непосредственно—причинною связью. О существенности заблужденія не можетъ и быть сомнѣнія: то предположеніе, въ виду котораго только и могло возникнуть обязательство—несуществуетъ, объ отсутствіи его стороны находились въ невѣдѣніи. Для иллюстраціи этихъ соображеній приведу примѣръ, очищенный отъ посторонней примѣси, затеняющей суть дѣла, каковою въ данномъ случаѣ является купля-продажа съ ея цѣною. Уже послѣ отмѣны подушной подати, я обязался уплатить извѣстную сумму крестьянину X. въ виду того, что ему слѣдуетъ уплатить эту подать. Я уплатилъ и затѣмъ узналъ, что подушная подать отмѣнена. Никто не усумнится въ моемъ правѣ на обратное требованіе. 2) Вторымъ условіемъ обратнаго требованія я выставилъ, что уплата должна быть произведена во исполненіе обязательства, хотя и мнимаго. Такъ какъ въ данномъ случаѣ мы имѣемъ дѣло съ куплей-продажей и акцизныя деньги съ цѣною соли слиты въ одну сумму, выражены одною цифрою, и цѣна (въ экономическомъ смыслѣ) получена продавцемъ, то признакъ этотъ имѣется въ наличности: покупщикъ уплатилъ акцизныя деньги. Еслибы онъ исполнялъ дѣйствительно существующее обязательство, еслибы въ существенномъ предположеніи ея онъ не заблуждался, то совершилъ бы по всѣмъ признакамъ то же дѣйствіе, которое онъ совершилъ. 3) Третьимъ условіемъ является отсутствіе какого-либо дѣйствительнаго обязательства на сторонѣ исполнившаго. Уже изъ перваго условія и изъ того, что обязательство покупщика находится въ причинной связи съ обязательствомъ продавца, вытекаетъ, что о дѣйствительномъ обязательствѣ тутъ нѣтъ рѣчи. Еслибы акцизныя деньги, уплаченныя покупщикомъ, были эквивалентомъ соли, то, конечно, обязательство уплаты послѣдняго можно было бы признать дѣйствительнымъ. Уплата акцизныхъ денегъ была обязательна только въ силу того, что и продавецъ обязанъ внести акцизъ въ казну; другого какого-либо основанія не было. 4) Четвертое условіе—извлеченіе имущественной выгоды, безъ права на нее. Чтобы убѣдиться въ наличности этого условія, поставимъ такой вопросъ: имѣлъ ли бы продавецъ право на акцизныя деньги, еслибы самъ не обязанъ былъ внести акцизъ въ казну. Этотъ вопросъ рѣшается отрицательно опять въ силу той юридической связи, которая существуетъ между двумя обязательствами. Если продавецъ вовсе не обязанъ внести акцизъ, то обязательство покупщика возникло въ предположеніи несуществующаго факта. Признать, при этомъ условіи, обязательство все-таки существующаго, все равно, что признать силу обязательства, возникшаго въ предположеніи того, что А. обязанъ жениться въ силу самого закона. Независимо отъ того, несомнѣнно, что продавецъ извлекъ выгоду—сумма денегъ перешла въ его карманъ, а въ виду того, что никакого обязательства уплаты этихъ денегъ на сторонѣ покупщика не существовало, можемъ сказать, что выгода эта извлечена безъ права на нее.

Если мнѣ удалось доказать, что въ занимающемъ насъ случаѣ имѣются всѣ условія права на обратное требованіе, выработанныя наукой; если я доказалъ, что пріобрѣтеніе имущества, при изложенныхъ условіяхъ не правое, т.-е. противное ст. 699, ч. 1, т. X, то не можетъ подлежать сомнѣнію, что покупщикъ имѣетъ право обратнаго требованія съ продавца уплаченныхъ акцизныхъ денегъ.

Мы взяли тотъ случай, когда покупка соли совершилась послѣ отмѣны акциза. Теперь возьмемъ случай, когда покупка совершилась до отмѣны. Понятная вещь, что при нормальныхъ условіяхъ, въ этомъ случаѣ, ни о какомъ обратномъ требованіи не можетъ быть рѣчи: никакого невѣдѣнія закона не было; обязательство покупщика было въ полной силѣ; въ виду дѣйствительности обязательства продавца, акцизныя деньги перешли къ продавцу по праву; исполнено было дѣйствительное обязательство. Но все это при нормальныхъ условіяхъ. Условія же, при которыхъ совершалась покупка соли въ слу-

чаяхъ, вызвавшихъ процессы между соледобывателями-продавцами и солеторговцами-покупщиками. были не нормальны. Закону 23 ноября придана обратная сила на весь 1880 г., т.-е. на тотъ годъ, когда, въ занимающемъ насъ практическомъ случаѣ, совершена была покупка.

Нельзя не признать безусловной вѣрности мнѣнія проф. Пахмана, что „съ юридической точки зрѣнія, положеніе „сила закона распространяется на времена, предшествующія его изданію“ означаетъ, что факты, предшествующіе появленію новаго закона, вмѣняется суду въ обязанность разсматривать и обсуждать такъ, какъ еслибы они совершились по изданіи этого закона [1]). Самъ законодатель создаетъ фикцію, говоря, напр., судьѣ: обязательство это возникло въ 1880 году, а ты, когда будешь обсуждать его, предположи, что оно возникло въ 1881 году и примѣни законъ, дѣйствующій въ этомъ году. Это велѣніе. конечно, обязательно для судьи, хотя бы примѣняя его, пришлось принять самыя невѣроятныя фикціи. Приведу примѣры: новый законъ смягчаетъ наказаніе за кражу; какъ смягчающій законъ, онъ имѣетъ обратную силу [2]), т. е. предполагается, что всѣ кражи, совершенныя до изданія закона, совершены по его изданіи; объявляя болѣе мягкое наказаніе за прежнія кражи, законодатель именно предписываетъ судьѣ перенести совершившійся фактъ къ тому времени, когда наказаніе за него смягчено. Новый законъ объявляетъ, что акцизъ на соль отмѣняется. Закону придается обратная сила на годъ; лица не успѣвшія уплатить акцизъ, освобождаются отъ уплаты. Тутъ предполаагется, что всѣ лица, выварившія соль въ томъ году, на который распространяется обратная сила закона, выварили ее послѣ его изданія; далѣе: что всѣ лица, продавшія соль въ томъ году, на который простирается обратная сила закона, продали ее послѣ его изданія. Объявляя объ отмѣнѣ акциза и придавая закону обратную силу, законодатель говоритъ: акциза нѣтъ и акциза не было въ прошломъ году; судья, разсмотри данное дѣло такъ, какъ будто сдѣлка, подавшая поводъ къ спору, была заключена послѣ изданія этого закона. Такъ что въ случаѣ, насъ занимающемъ, дѣло представляется въ слѣдующемъ видѣ. Законъ 23 ноября 1880 г. отмѣнилъ съ 1 января 1881 г. акцизъ на соль; указъ 23 ноября того же года придалъ закону обратную силу въ томъ смыслѣ, что соледобыватели, неуспѣвшіе внести акцизъ и внесшіе одинъ залогъ, свободны отъ акциза. Слѣдовательно, указомъ 23 ноября предписывается всю неоплаченную соль, вывареннную въ 1880 году, разсматривать, какъ вывареннную въ 1881 году; всѣ сдѣлки по поводу соли совершенныя въ 1880 году, разсматриваются, какъ совершенныя въ 1881 году. Вотъ для чего мнѣ нужно было проанализировать случай, когда стороны вступили въ договоръ послѣ изданія закона объ отмѣнѣ акциза. Въ дѣйствительности договоръ состоялся и акцизныя уплачены въ 1880 году; благодаря-же указу 23 ноября судъ долженъ разсматривать договоръ, какъ состоявшійся и акцизныя деньги, какъ уплаченныя, въ 1881 году. Если судъ станетъ разсматривать фактъ, какъ-будто онъ совершился въ 1881 г., то долженъ будетъ придти къ слѣдующему заключенію: если солеторговецъ пріобрѣлъ неоплаченную акцизомъ соль въ 1881 г. и уплатилъ за нее акцизныя деньги, то онъ имѣетъ право требовать ихъ обратно; онъ пріобрѣлъ соль и уплатилъ акцизныя деньги, въ дѣйствительности, въ 1880 г., но такъ какъ законодатель предписалъ разсматривать соль, пріобрѣтенную въ 1880 году, какъ пріобрѣтенную въ 1881 году, акцизныя деньги, уплаченныя въ 1880 году, какъ уплаченныя въ 1881 году, то пріобрѣтатель имѣетъ право требовать обратно акцизныя деньги уплаченныя

---

[1]) Пахманъ.—О современномъ движеніи въ наукѣ права. Журн. гражд. и уголов. права 1882 г., кн. 3, стр. 40.

[2]) Неклюдовъ.—Консп. общ. ч. уголов. пр., стр. 173—174.

за соль, купленную въ 1880 году. Если обратное требованіе, уплаченнаго въ 1881 году, возможно. то и возможно обратное требованіе дѣйствительно уплаченнаго въ 1880 году, при предположеніи закона, что уплата произведена въ 1881 году. Мы знаемъ условія обратныхъ требованій вообще и требованія акцизныхъ денегъ, уплаченныхъ въ 1881 году. Всѣ эти условія сохраняютъ свою силу по отношенію къ обратнымъ требованіямъ акциза, уплаченнаго въ 1880 году, при обратной силѣ закона, отмѣнившаго акцизъ. А именно: 1) хотя стороны въ 1880 году не могли ошибаться въ существованіи закона, отмѣнившаго акцизъ—ибо закона никакого не было—но, такъ какъ законъ, отмѣнившій акцизъ, имѣетъ обратную силу, то предполагается, что стороны вступили въ договоръ въ 1881 г. и какъ бы находились въ невѣдѣніи закона. Фикція перенесенія факта къ болѣе позднему времени распространяется и на всѣ условія и послѣдствія факта. Обязательство продавца внести въ казну акцизъ въ 1880 г. въ дѣйствительности существовало, но судья долженъ предположить, что его не было и стороны заблуждались. 2) Уплата акцизныхъ денегъ имѣла всѣ признаки исполненія обязательства; покупщикъ передалъ причитающуюся съ него сумму денегъ продавцу,—сумму причитающуюся дѣйствительно. Перенеся весь фактъ на 1881 годъ, предполагается, что деньги причитались лишь фиктивно, но тѣмъ не менѣе дѣйствіе покупщика носило признаки исполненія. 3) Уплата акцизныхъ денегъ была произведена въ силу дѣйствительно существующаго обязательства; въ 1880 году продавецъ обязанъ былъ внести акцизъ въ казну; это обязательство являлось дѣйствительнымъ предположеніемъ обязательства покупщика уплатить акцизныя деньги и на его сторонѣ, слѣдовательно, лежало обязательство. Но перенося весь фактъ на 1881 годъ, слѣдуетъ предположить, что продавецъ уже не обязанъ былъ внести акцизъ въ казну и, слѣдовательно, уже не было необходимаго предположенія обязательства покупщика, а слѣдовательно, не было и самаго обязательства уплатить акцизныя деньги. 4) Въ 1880 г. продавецъ не обогатился безъ права на обогащеніе, онъ дѣйствовалъ по праву; но перенеся весь фактъ на 1881 г. слѣдуетъ сказать, что онъ извлекъ выгоду, не имѣя на то права; покупщикъ, какъ мы видѣли, не былъ обязанъ уплатить акцизныя деньги, т.-е. продавецъ не имѣлъ на нихъ права, а тѣмъ не менѣе ихъ получалъ. Словомъ, мы видимъ, что здѣсь покупщикъ соли имѣетъ полное право требовать обратно уплаченныя продавцу акцизныя деньги.

Въ виду сложности разсматриваемаго вопроса, я позволяю себѣ изложить выводы, къ которымъ я пришелъ.

1) Обязательство покупщика соли предъ продавцемъ—уплатить акцизныя деньги—есть побочное самостоятельное обязательство, юридически отдѣльное отъ обязательства уплаты цѣны соли.

2) Обязательство внесенія акциза въ казну всегда лежитъ на продавцѣ, обязательство уплаты акцизныхъ денегъ продавцу, при покупкѣ, лежитъ на покупщикѣ.

3) Обязательство продавца, лежащее на немъ въ силу закона является необходимымъ предположеніемъ обязательства покупщика; безъ перваго послѣднее немыслимо.

4) Обратное требованіе уплаты, произведенной въ ошибочномъ предположеніи о лежащей на уплатившемъ обязанности, допускается нашимъ законодательствамъ.

5) Покупщикъ соли, купившій ее послѣ отмѣны акциза и ошибочно предполагавшій, что акцизъ не отмѣненъ и что, слѣдовательно, продавецъ-соледобыватель обязанъ внести акцизъ въ казну, можетъ, если акцизныя деньги имъ уплачены, требовать ихъ обратно.

6) Такъ какъ законъ объ отмѣнѣ акциза имѣетъ обратную силу, на 1880 г., то судъ долженъ разсматривать дѣло о возвратѣ акцизныхъ денегъ,

уплаченныхъ до изданія закона объ отмѣнѣ акциза, такъ, какъ—будто уплата акцизныхъ денегъ произведена послѣ изданія закона; если въ послѣднемъ случаѣ было возможно обратное требованіе, то оно возможно и въ первомъ.

Скажемъ пару словъ о судебно-практической сторонѣ этихъ обратныхъ требованій. Истецъ прежде всего, конечно, долженъ доказать, что купля-продажа соли въ 1880 году состоялась т.-е. что договоръ былъ заключенъ и истцомъ исполненъ, что истецъ исполнилъ свое главное обязательство, уплативъ цѣну и исполнилъ побочное обязательство, уплативъ акцизныя деньги; затѣмъ онъ долженъ указать на значеніе обозначенной въ договорѣ цѣны (въ экономическомъ смыслѣ) и на самостоятельный характеръ обязательства уплаты акцизныхъ денегъ, далѣе—выяснить юридическую связь этого обязательства съ обязательствомъ внесенія въ казну акциза, и наконецъ, непремѣнно *доказать*, что соль, имъ купленная въ 1880 г. не была оплачена акцизомъ, а былъ лишь внесенъ залогъ. Уплата продавцу соли акцизныхъ денегъ и невнесеніе имъ акциза въ казну—суть главныя основанія иска, которыя должны быть доказаны истцомъ. Послѣ этого необходимо приступить къ обоснованію права обратнаго требованія т.-е. проаргументировать положенія 4, 5 и 6.

До сихъ поръ мы имѣли въ виду отношенія между солеторговцами и соледобывателями. Эти отношенія, конечно, насъ занимаютъ главнымъ образомъ. Мы доказали право солеторговцевъ требовать обратно акцизныя деньги, уплаченныя соледобывателямъ, какъ непосредственнымъ плательщикамъ акциза. Для дальнѣйшаго изложенія необходимо остановиться на отношеніяхъ солеторговцевъ между собою. Имѣетъ ли солеторговецъ, покупщикъ соли право требовать возврата акцизныхъ денегъ, уплаченныхъ другому солеторговцу, продавцу? Отсюда прежде всего нужно выдѣлить отношеніе между покупщикомъ и продавцемъ, обязаннымъ внести акцизъ въ казну. Этотъ послѣдній, въ силу того, что къ нему перешло обязательство внесенія акциза въ казну отъ соледобывателя, разсматривается, какъ соледобыватель; его обязательство такое же, какъ и обязательство послѣдняго; отношеніе этого обязательства къ обязательству покупщика, такое же, какъ и отношеніе къ послѣднему обязательства соледобывателя. Все сказанное выше примѣняется и къ этому случаю. Солеторговецъ покупщикъ имѣетъ право обратнаго требованія акцизныхъ денегъ, уплаченныхъ солеторговцу продавцу, принявшему на себя отъ соледобывателя обязательство внести акцизъ въ казну, но освобожденному отъ этого указомъ 23 ноября. Не только этотъ указъ, но и уставъ о соли, ставитъ солеторговцевъ, какъ мы видѣли, относительно внесенія акциза въ казну, въ одинаковое положеніе съ соледобывателемъ. Но могутъ ли мелкіе торговцы требовать обратно акцизныя деньги ими уплаченныя солеторговцамъ же, но которые не внесли акцизъ въ казну, а уплатили крупному солеторговцу? Различіе между этимъ случаемъ и насъ занимающимъ не существенно. Обязательство продавца, являющееся предположеніемъ обязательства покупщика, является не въ видѣ обязательства ex lege, а въ видѣ обязательства договорнаго, передъ лицомъ, у котораго онъ соль купилъ. Въ мѣновомъ оборотѣ является цѣлая цѣпь обязательственныхъ отношеній, напр., А. соледобыватель продаетъ соль Б.; обязательство Б. уплатить А. акцизныя деньги, предполагаетъ наличность обязательства А. внести акцизъ въ казну; Б. продаетъ соль В.; обязательство В. уплатить Б. акцизныя деньги предполагаетъ обязательство Б. уплатить акцизныя деньги А.; обязательство Б. уплатить акцизныя деньги А. предполагаетъ обязательство А. внести акцизъ въ казну и т. д. Юридическая конструкція этихъ случаевъ, въ сущности, такая же, какъ и случая насъ, главнымъ образомъ, занимающаго. И тутъ, прежде всего изъ договора купли-продажи, изъ цифры, обозначающей цѣну купли, видно, при-

нялъ ли покупщикъ на себя уплату продавцу акцизныхъ денегъ; если принялъ, то это обязательство его является въ видѣ побочнаго обязательства. И тутъ, далѣе, это обязательство, какъ я сказалъ, предполагаетъ наличность обязательствъ продавца уплатить акцизныя деньги тому, у кого онъ купилъ соль; но въ случаѣ, насъ занимающемъ, предположеніе это касается лишь одного обязательства соледобывателя передъ казною, между тѣмъ, тутъ обязательство даннаго покупщика предполагаетъ наличность цѣлаго преемственнаго ряда обязательствъ всѣхъ продавцевъ до соледобывателя включительно. Въ приведенномъ примѣрѣ обязательство В. предполагаетъ наличность обязательствъ А. и Б. Вопросъ о юридическомъ существованіи обязательства В. ставится въ зависимость отъ существованія обязательства А. Если на А. не лежитъ обязательства внесенія акциза въ казну, то исчезаетъ необходимое предположеніе обязательствъ Б. и В. В. обязался уплатить Б. предполагая, что Б. обязанъ передъ А. а А. передъ казною. Положимъ, В. уплатилъ за соль, исполнилъ обязательство передъ Б. а между тѣмъ на А. вовсе не лежитъ обязательства передъ казною и слѣдовательно на Б. не лежитъ обязательства передъ А.—акциза на соль уже не было. Положимъ сдѣлка состоялась въ 1881 г.; имѣетъ ли В. право обратнаго требованія? Вопросъ этотъ разрѣшается совершенно также, какъ вопросъ о требованіи солеторговца къ соледобывателю. И тутъ въ основаніи права обратнаго требованія лежитъ юридическая ошибка, незнаніе закона и возникшихъ изъ него обязательствъ. Въ случаѣ насъ непосредственно занимающемъ, мы видѣли три логически-связанныхъ обстоятельства, которыхъ касается заблужденіе сторонъ—но тутъ ихъ болѣе, а именно:

1. Указъ 23 ноября.
2. Обязательство А. передъ казною.
3. Обязательство Б. передъ А.
4. Обязательство В. передъ Б.

Изъ незнанія о существованіи перваго возникаетъ незнаніе о несуществованіи второго; изъ незнанія несуществованія второго—незнаніе несуществованія третьяго; изъ незнанія не существованія третьяго—несуществованіе четвертаго. И тутъ далѣе уплата со стороны В. носитъ признаки исполненія обязательства; и тутъ обязательствъ В. передъ Б. несуществуетъ, и тутъ Б. извлекъ изъ исполненія имущественную выгоду; слѣдовательно и тутъ необходимо признать право обратнаго требованія. Но имѣетъ ли В. право обратнаго требованія отъ Б. акциза, когда купля соли совершена не послѣ отмѣны акциза, а до того, но при обратной силѣ закона объ отмѣнѣ. И этотъ вопросъ рѣшается также, какъ и въ томъ случаѣ, когда рѣчь идетъ о соледобывателѣ и солеторговцѣ. Предполагается, что покупка соли со стороны В. у Б. и Б. у А. совершена послѣ отмѣны акциза и слѣдовательно возвратъ уплаченнаго акциза возможенъ. Что касается судебно-практической стороны процессовъ между солеторговцами, по поводу обратныхъ требованій акциза, то кромѣ юридическихъ соображеній, которыхъ истецъ долженъ привести, онъ долженъ доказать, что соль куплена имъ у Б. и акцизныя деньги уплачены, что соль куплена Б. у А. въ 1880 году и деньги уплачены и что А. акцизъ не уплатилъ, а внесъ залогъ, который ему возвращенъ съ прощеніемъ акциза. Понятно, для того, чтобы В. могъ воспользоваться своимъ правомъ, ему незачѣмъ выжидать пока Б. предъявитъ искъ къ А. и получитъ акцизныя деньги обратно; онъ предъявляетъ искъ къ Б., что конечно заставитъ Б. предъявить искъ къ А. Оба эти иска, въ виду ихъ связи, могутъ быть разсмотрѣны совмѣстно и одновременно.

Могутъ возразить, что если предоставить право обратнаго требованія всѣмъ торговцамъ, пріобрѣтшимъ неоплаченную еще соль въ 1880 году, то число процессовъ дойдетъ до ужасающихъ размѣровъ; всѣ коммерческіе и др.

суды будутъ завалены соляными дѣлами. Едва ли. Доказательная часть этихъ исковъ весьма не легка; трудность эта увеличивается по мѣрѣ, такъ сказать, отдаленія послѣдняго покупщика — истца отъ перваго продавца, т.-е. соледобывателя. Если цифра этихъ исковъ не будетъ ужасающею, то во всякомъ случаѣ ихъ будетъ не мало, но въ этомъ нѣтъ никакой бѣды—это не должно удерживать насъ отъ признанія законности и возможности этихъ исковъ. Цѣль законодателя, придавшаго обратную силу закону 23 ноября, заключалась въ томъ, чтобы къ 1 января 1881 г. на рынкахъ обращалась безакцизная соль. Лучшимъ средствомъ достиженія этой цѣли законодатель призналъ—прощеніе акциза за 1880 г., если онъ еще не уплаченъ. Это было необходимое, неизбѣжное, единственное средство; очень можетъ быть, что нѣкоторые мелкіе торговцы изъ этого извлекутъ выгоду, т.-е. отъ нихъ покупщики не въ состояніи будутъ потребовать обратно уплаченный акцизъ, но едва ли законодатель *хотѣлъ обогатить* тѣхъ, съ которыхъ есть возможность требовать, напр., съ крупныхъ промышленниковъ и торговцевъ. Чѣмъ менѣе вѣроятности, что прощенная сумма акциза будетъ сосредоточена въ однѣхъ рукахъ, чѣмъ менѣе будетъ барышъ отъ акциза, остающійся въ однѣхъ рукахъ, тѣмъ лучше. Если прощеніе акциза было необходимо для общаго блага, то съ неустранимыми невыгодами его, каковъ возможный барышъ нѣкоторыхъ мелкихъ торговцевъ, надо примириться, но всѣ невыгоды устранимыя, невыгоды, заключающіяся въ томъ, что одно лицо обогатилось на счетъ другого и послѣднее можетъ это доказать—каково напр. обогащеніе соледобывателей и солеторговцевъ изъ первыхъ рукъ,—должны быть устранены.

Теперь перехожу къ разсмотрѣнію юридическихъ доводовъ pro и contra права обратнаго требованія акцизныхъ денегъ солеторговцами отъ соледобывателей, насколько доводы эти выяснились изъ процесса Иноземцева, Курзоева и др. съ Первушиными [1]). Процессъ этотъ производитъ на юриста тяжелое впечатлѣніе. Адвокатура не уступаетъ магистратурѣ въ шаткости доводовъ, въ отсутствіи яснаго представленія о юридической конструкціи практическаго случая, въ неумѣніи найти въ дѣлѣ именно ту точку, около которой оно вращается и въ метаніи во всѣ стороны. Лишь къ самому концу дѣла, въ апелляціонномъ судѣ, адвокатъ отвѣтчика указалъ въ концѣ своей рѣчи на такое обстоятельство, на которое ни до, ни послѣ того не было обращено вниманія, а между тѣмъ въ этомъ обстоятельствѣ вся суть дѣла, а именно: истецъ не доказалъ, что отвѣтчикомъ не былъ внесенъ въ казну акцизъ. Адвокату истца слѣдовало озаботиться прежде всего о доказательствахъ этого факта. Суду первой инстанціи, вмѣсто опроверженія всяческихъ доводовъ истца, слѣдовало бы остановиться на одномъ этомъ пунктѣ; тоже самое слѣдуетъ сказать объ адвокатѣ отвѣтчика—на первый планъ онъ долженъ былъ выдвинуть это обстоятельство, да и сенату слѣдовало бы хотя обратить вниманіе на это: мы увидимъ, что въ резолюціи его указаніе отвѣтчика на бездоказанность иска оставлено безъ вниманія.

Дѣло Иноземцева, Яковлева, Курзоева и др. съ Первушиными заключается въ слѣдующемъ. Истцы купили у Первушиныхъ по маклерскимъ запискамъ, совершоннымъ въ январѣ и февралѣ 1880 г. 170 тыс. пудовъ соли по 42 коп. за пудъ. Деньги они уплатили при заключеніи сдѣлки и соль получили сполна въ сентябрѣ того же года. Въ запискѣ, между прочимъ, находится выраженіе: акцизъ мы, Первушины, имѣемъ уплатить съ своего счета.

---

[1]) Матеріалы: копія опредѣленія Московскаго коммерческаго суда, копія апелляціонной жалобы повѣреннаго Иноземцева и Яковлева, стенограф. отчетъ по дѣлу Курзоева, Иноземцева и др. съ Первушиными, отпечат. въ „Голосѣ“ 1882 г., №№ 44 и 46 и копія указа сената по дѣлу Яковлева, Иноземцева, Маканина и др. съ Первушиными.

Размѣръ этого акциза опредѣленъ договоромъ, заключеннымъ Первушиными съ казною, въ 25 к. съ пуда. Послѣ изданія закона 23 ноября 1880 г. и указа того числа и года, Иноземцевъ, Яковлевъ и др. предъявили къ Первушинымъ искъ о возвратѣ 42.510 р., уплаченныхъ послѣдними, но не внесенныхъ ими въ казну. Въ апрѣлѣ прошлаго года дѣло это разбиралось въ московскомъ коммерческомъ судѣ, а въ февралѣ этого года—въ IV департаментѣ сената. Коммерческій судъ въ искѣ отказалъ, сенатъ призналъ рѣшеніе суда правильнымъ.

Адвокаты истцовъ сразу поставили вопросъ, отъ котораго рѣшительно зависѣлъ исходъ дѣла, на несовершенно ложную почву. Я не говорю уже о промахѣ, ими сдѣланномъ, относительно доказательной части иска, они, вмѣсто того, чтобы говорить объ обязательствѣ истца, имъ исполненномъ и являющимся главнымъ основаніемъ иска, вмѣсто того, чтобы говорить объ обязательствѣ отвѣтчика, лежащемъ на немъ передъ казною и о взаимныхъ отношеніяхъ этихъ обязательствъ, адвокаты истцовъ направляютъ всю силу своей логики, на доказательство существованія *обязательства отвѣтчика передъ истцомъ уплатить акцизъ казнѣ*. Отвѣтчики приняли-де на себя обязательство, но не исполнили его, т.-е. не внесли полученныхъ ими денегъ въ казну, а слѣдовательно должны ихъ возвратить. Ставъ на такую ложную почву, адвокаты, такъ сказать, рвутъ и мечутъ, силясь выяснить основаніе иска, впадаютъ въ противорѣчія, смѣшиваютъ самыя разнородныя юридическія понятія. Такъ, одинъ изъ нихъ говоритъ въ апелляціонной жалобѣ: „они (истцы) отыскиваютъ возврата акциза, основываясь на договорѣ и на законѣ объ отмѣнѣ акциза"; а въ сенатѣ онъ же заявляетъ: „настоящій искъ основанъ не на договорѣ; договоръ купли-продажи представляется только, какъ доказательство" уплаты акциза. Далѣе, онъ же говоритъ, что искъ имѣетъ своимъ предметомъ обратное требованіе денегъ, излишне уплаченныхъ, которыя вслѣдствіе неупотребленія ихъ по назначенію, находятся въ незаконномъ владѣніи отвѣтчиковъ. Съ юридической точки зрѣнія вся эта тирада является чисто внѣшнимъ сцѣпленіемъ трехъ совершенно различныхъ понятій: condictio indebiti, condictio causa data, causa non secuta и rei vindicatio. Одно дѣло требованіе излишне уплаченнаго, иное — требованіе денегъ, вслѣдствіе не употребленія ихъ но назначенію, третье — требованіе возврата изъ неправаго владѣнія. Первое отличается отъ второго тѣмъ, что лицо, уплатившее, уплатило въ предположеніи (хотя и ошибочномъ) о существованіи обязательства; во второмъ случаѣ лицо уплатило ради того, чтобы на противной сторонѣ возникло, до того несуществовавшее, обязательство; въ данномъ случаѣ съ момента заключенія договора возникло въ лицѣ покупщика обязательство уплатить цѣну и акцизныя деньги, обязательство же продавца внести акцизныя деньги существовало (хотя, какъ мы предположили, по ошибочному представленію) задолго до того; слѣдовательно нельзя сказать, что тутъ съ момента уплаты акцизныхъ денегъ возникло обязательство внесенія акциза. Далѣе, въ первомъ случаѣ предполагается, что уплата должна быть произведена во исполненіе (хотя въ дѣйствительности и несуществующаго) обязательства, лежащаго на лицѣ; лицо платитъ, потому что предполагаетъ существованіе долга, который долженъ быть уплаченъ; въ данномъ случаѣ покупщики уплатили акцизныя деньги, потому что должны были уплатить ихъ въ силу договора. Что касается третьяго случая, то онъ отличается отъ первыхъ двухъ тѣмъ, что тутъ 1) на переходъ имущества неимѣется въ наличности желанія лица: лицо нежелало передать его другому, отчудить его, 2) самое имущество не должно быть смѣшано, слито съ имуществомъ лица, къ которому оно перешло, и 3) оно не должно быть имъ отчуждено или потеряно. Мнѣ кажется, что эти три института не должны быть смѣшиваемы.

Насколько возможно разобраться въ лабиринтѣ соображеній адвокатовъ

истцовъ, они предъявили къ отвѣтчикамъ condictio causa data, causa non secuta, доказывая, какъ я сказалъ, что отвѣтчики приняли на себя опредѣленную обязанность передъ истцами и не исполнили ее; одинъ изъ нихъ даже болѣе точно говоритъ, что первые приняли порученіе отъ послѣднихъ, но не исполнили его. Аргументація сводится къ тому, что въ договорѣ сказано: акцизъ имѣютъ уплатить Первушины съ своего счета. По мнѣнію истцовъ обязательство внести акцизъ въ казну, въ силу ст. 4 уст. о соли, одинаково лежитъ на соледобывателяхъ и солеторговцахъ и изъ упомянутаго выраженія договора видно на комъ обязательство это лежитъ. Выше я сказалъ, что обязательство внести акцизъ въ казну, въ силу закона, лежитъ на соледобывателѣ—онъ, прежде всего, обязанъ къ тому, а ст. 4 уст. о соли имѣетъ тотъ смыслъ, что обязательство это можетъ быть передано соледобывателемъ солеторговцу; безъ ясныхъ доказательствъ передачи этого обязательства, которая напр. очевидна изъ факта пріобрѣтенія соли торговцомъ, казна не можетъ принять отъ него акцизъ, какъ акцизъ за чужую соль. Выраженіе-же „акцизъ имѣютъ уплатить Первушины съ своего счета“, какъ сказано выше, имѣетъ значеніе при толкованіи договора, а именно при рѣшеніи вопроса, входитъ ли акцизъ въ составъ, обозначенной въ договорѣ, цифры или нѣтъ, т.-е. принялъ на себя солеторговецъ одно главное обязательство—уплатить цѣну соли или еще побочное обязательство—уплатить продавцу акцизныя деньги. Коммерческій судъ совершенно вѣрно замѣчаетъ, что упомянутое выраженіе не имѣетъ никакого особеннаго значенія... еслибы его не было, то сомо собою было бы понятно, что внесеніе акциза въ казну лежитъ на соледобывателѣ. Повѣренный отвѣтчиковъ, поясняя бытовую сторону спорнаго правоотношенія, между прочимъ, говоритъ, что покупщикъ соли находитъ иногда выгоду являться самъ на соляной промыселъ, заплатить на мѣстѣ акцизъ и везти оттуда соль своими возчиками и т. д., а иногда соледобыватели сами уплачиваютъ акцизъ и тогда въ договорѣ говорятъ: акцизъ мы беремъ на свой счетъ. Перелагая это на юридическій языкъ, получимъ: въ договорѣ говорится: „акцизъ беремъ на свой счетъ“ въ томъ случаѣ, когда продавецъ не передаетъ покупщику своего обязательства внести акцизъ въ казну, а получаетъ акцизныя деньги съ покупщика. Представьте себѣ, что въ договорѣ ничего не говорится, кто вноситъ акцизъ въ казну—благодаря этому затрудняется истолкованіе договора т.-е. состава цифры, обозначенной въ договорѣ, а обязательство внесенія акциза все-таки лежитъ на соледобывателѣ.—Другихъ доказательствъ, что въ данномъ случаѣ рѣчь идетъ о condictio causa data causa non secuta не приводится; я не считаю конечно аргументами примѣры изъ кассаціонной практики, изъ которыхъ видно, что кассац. департаментъ признаетъ condictiones indebiti т.-е. нѣчто совсѣмъ другое.—Одинъ изъ адвокатовъ истцовъ особенно напираетъ на то, что Первушины взялись уплатить акцизъ „за истцовъ“, взяли на себя „порученіе“ и т. п. Неосновательность этого мнѣнія очевидна. Развѣ можно говорить о представительствѣ въ томъ случаѣ, когда представитель совершаетъ дѣйствіе отъ своего имени, за себя исполняетъ свое обязательство? Возьмите любое изъ положеній, касающихся представительства напр. смерть представителя прекращаетъ представительство, наслѣдники не могутъ исполнить порученіе, данное умершему; между тѣмъ въ этомъ случаѣ наслѣдники Первушиныхъ также обязаны внести акцизъ въ казну, какъ и наслѣдодатели. Или напр. за случайную гибель имущества, передача котораго третьему лицу поручена представителю, представляемый долженъ уплатить третьему—послѣдній не отвѣчаетъ; еслибы все состояніе Первушиныхъ погибло отъ пожара, развѣ Иноземцевъ, Курзоевъ и др. должны бы были уплатить акцизъ?

Адвокаты истцовъ, выводя исключительно изъ выраженій договора существованіе обязательства продавца передъ покупщикомъ внести акцизъ въ

казну, вѣроятно, навели судъ на мысль, что и обязательство продавца передъ казною должно быть выведено изъ договора аренды мѣсторожденій соли. Выводя это обязательство изъ договора, судъ разсудилъ такъ: какъ вообще договоромъ опредѣляются только правоотношенія контрагентовъ, а не третьихъ лицъ, такъ и тутъ. договоръ Первушиныхъ съ казною не касается истцовъ; былъ ли казнѣ уплаченъ акцизъ или нѣтъ, до этого истцамъ дѣла нѣтъ. Какъ судъ не призналъ основательности мнѣнія истцовъ, что существованіе обязательства продавца передъ покупщикомъ, внести акцизъ, очевидно изъ выраженія договора купли-продажи, точно также и истцы несогласились съ тѣмъ, что обязательство продавца передъ казною основано на договорѣ аренды. Истцы возражаютъ основательно: договоръ съ казною не есть особое соглашеніе между казною и арендаторомъ, а буквальное повтореніе или подтвержденіе содержанія ст. 368 уст. о соли по прод. 1876 г. Изъ этого вѣрнаго аргумента видно, какъ адвокатъ истцовъ былъ близокъ къ истинѣ—еще шагъ и онъ долженъ былъ признать, что обязательство уплатить акцизъ есть обязательство ex lege, передъ государствомъ (повинность) и, *какъ таковое, не можетъ быть въ то же время обязательствомъ передъ покупщикомъ.* Подчеркнутое мною положеніе логически вытекаетъ изъ предыдущаго и еслибы адвокатъ былъ послѣдователенъ, то онъ высказалъ бы его и тѣмъ самымъ разрушилъ все построенное имъ зданіе. Изъ этого уже видно, какъ шатко все это зданіе.

Роли суда и адвокатовъ отвѣтчиковъ, при такой аргументаціи адвокатовъ истцовъ, чрезвычайно благодарны. Не говоря уже о томъ, что фактъ невнесенія акциза въ казну не былъ доказанъ—что истцы оправдываютъ тѣмъ, что „трудно допустить“ уплату Первушиными акциза, что не было фактической возможности добыть доказательства и что лицо неисполнившее „порученіе“ должно доказать исполненіе,—а не лицо, давшее порученіе,—неисполненіе,—не говоря уже объ этомъ, противная сторона и судъ могли бы, безъ особеннаго труда опровергнуть всю аргументацію истцовъ, доказавъ невѣрность исходной точки. Между тѣмъ коммерческій судъ, кромѣ приведенныхъ соображеній, основывается на томъ, напр. что истцы имѣли бы право обратнаго требованія, еслибъ въ договорѣ оговорили: въ случаѣ еслибы акцизъ былъ отмѣненъ, то Первушины должны возвратить полученныя акцизныя деньги. Естественное и простое возраженіе истцовъ на это—что контрагенты простые смертные, лишенные способности предвидѣнія законодательныхъ измѣненій—ими сдѣлано не было. Далѣе, судъ считаетъ прибыль соледобывателей отъ невозврата акциза законною и доказываетъ это тѣмъ, главнымъ образомъ, что въ правительственномъ сообщеніи, отпечатанномъ въ Прав. Вѣстн. отъ 29 ноября, говорится, между прочимъ, „если нѣкоторые солепромышленники (по возвратѣ имъ залога) и воспользуются частью акциза за проданную уже ими соль“ и т. д. Судъ хочетъ этимъ сказать, что правительство считаетъ вполнѣ законнымъ удержаніе соледобывателями акциза за проданную соль, полученнаго ими отъ солеторговцевъ, но не внесеннаго въ казну. Но предрѣшается ли, въ отрицательномъ смыслѣ, этимъ вопросъ объ искахъ солеторговцевъ къ соледобывателямъ? Адвокатъ истцовъ полагаетъ, что не предрѣшается. Если бы было возможно, то правительство возвратило бы залоги только за соль еще не проданную, но въ виду трудности изысканія въ чьихъ рукахъ находится соль 1880 г., залоги, *за всю вываренную въ 1880 г.*, соль были возвращены и акцизъ прощенъ. Закону 23 ноября придана обратная сила. Можно сказать, что *вся соль вываренная въ 1880 г.* освободилась отъ акциза, неуплаченнаго, но обезпеченнаго залогами. Изъ этого адвокатъ истцовъ дѣлаетъ выводъ, что упомянутое разъясненіе правительства не лишаетъ солеторговцевъ права требовать возврата акциза отъ соледобывателей, если передъ судомъ будетъ доказано, что соль, о которой идетъ рѣчь, выварена въ

1880 года. Слѣдовало бы, вмѣсто этого темноватаго возраженія, сдѣлать два другихъ: 1) Можетъ-ли судъ при толкованіи закона придавать значеніе, т.-е. основываться на слабомъ намекѣ, сдѣланномъ въ соображеніяхъ, содержащихся въ разъясненіи, данномъ административнымъ органомъ, притомъ тѣмъ самымъ органомъ, который проводитъ мысль, противуположную той, которая выводится изъ намека? Конечно, не можетъ. Дѣло въ томъ, что выраженіе, цитированное судомъ, есть разсужденіе администраціи, а не административное правило; эта мысль, такъ сказать, по-пути брошена административнымъ органомъ. Еслибы административный органъ, въ разъясненіи своемъ, прямо сказалъ: „слѣдовательно иски солеторговцевъ къ соледобывателямъ о возвратѣ акциза невозможны“, то и въ этомъ случаѣ сомнительно, чтобы судъ могъ придать такому разъясненію рѣшительное значеніе. Въ сущности это вторженіе финансовой администраціи въ область судебную. Суду предписывается примѣнять тѣ законоположенія, которыя для него обязательны, а именно, въ данномъ случаѣ законы, на основаніи коихъ возвратъ акциза возможенъ, а не распоряженія финансовой администраціи. Указанный намекъ въ соображеніяхъ администраціи, кажется, не можетъ быть толкуемъ въ смыслѣ недопустимости кондикцій уже въ виду того, что тотъ-же министръ финансовъ, какъ сказано выше, призналъ справедливость требованій солеторговцевъ, а слѣдовательно и законность ихъ. 2) Независимо отъ этихъ соображеній, приведенное выраженіе изъ правительственнаго разъясненія, по существу, должно быть толкуемо не противъ солеторговцевъ. Весьма вѣроятно, что тѣ „нѣкоторые солепромышленники“, о которыхъ тутъ идетъ рѣчь, суть тѣ соледобыватели, отъ которыхъ, по тѣмъ или другимъ причинамъ, солеторговцы не взыскали обратно уплаченныхъ ими акцизныхъ денегъ. Затѣмъ, судъ отрицаетъ право обратнаго требованія акциза, основываясь на томъ, что сдѣлка—купля-продажа—была уже совершена окончательно до отмѣны акциза: цѣна уплачена, соль получена. Конечно, это вѣрно, еслибы тутъ рѣчь шла о возвратѣ цѣны—между тѣмъ тутъ все дѣло въ обязательствѣ уплаты акцизныхъ денегъ. Истцы, какъ справедливо возражаетъ ихъ адвокатъ, ищутъ только на основаніи обстоятельствъ, совершившихся уже послѣ учиненіи разсчета. Обязательство покупщиковъ въ дѣйствительности ими исполнено; еслибы оно не было уже исполнено, то требовать обратно нечего было бы.

Сенатъ, также какъ и судъ и истцы, не нашелъ вѣрной точки отправленія. Замѣчательно, что и онъ исходитъ изъ договорной теоріи, т.-е. въ основаніе своихъ разсужденій кладетъ договоръ купли-продажи. Аргументація его можетъ быть сведена къ слѣдующему: договаривающіяся стороны должны исполнить то, къ чему онѣ обязаны по договору; акцизъ могъ уплатить покупщикъ или продавецъ соли; по договору покупщики были освобождены отъ уплаты акциза; отмѣна акциза была случайностью, которую стороны не могли предвидѣть; случайность можетъ влечь разныя послѣдствія для сторонъ, но измѣнить отношенія сторонъ по договору не можетъ; законъ 23 ноября, не имѣя обратной силы, не измѣнилъ договорныхъ отношеній сторонъ; прибыль соледобывателей отъ сложенія акциза не можетъ никоимъ образомъ принадлежать солеторговцамъ, ибо по условію вся цѣна купли перешла къ продавцу и законъ этого ни отмѣнить, ни измѣнить не можетъ; нельзя также сказать, что сумма прощеннаго отвѣтчикамъ акциза есть убытокъ, причиненный истцамъ; фактъ неуплаты акциза является послѣдствіемъ сдѣланной Первушинымъ казною разсрочки, которая могла повлечь для нихъ и невыгодныя послѣдствія, напр., въ формѣ уплаты процентовъ; къ тому же отвѣтчики не доказали, что имъ причиненъ убытокъ. Яснаго представленія о томъ, каковъ смыслъ этой аргументаціи составить себѣ довольно трудно: логической связи между отдѣльными ея положеніями нѣтъ. Приходится возражать противъ отдѣльныхъ положеній. Совершенно вѣрно, что стороны должны исполнить договоръ, что

внести акцизъ могла та или другая сторона; вѣрно и то, что случайность влечетъ разныя послѣдствія и что законъ 23 ноября не измѣнилъ договорныхъ отношеній, но все остальное далеко отъ истины. Внести акцизъ можетъ та или другая сторона, но въ данномъ случаѣ, говоритъ сенатъ, продавецъ отъ этого освободилъ покупщика—это не совсѣмъ такъ. Для того, чтобы освободить лицо отъ обязанности, нужно: 1) чтобы на немъ лежала эта обязанность; но мы видѣли, что по закону обязательство внесенія акциза лежитъ на продавцѣ; онъ можетъ передать его покупщику; такой смыслъ и имѣетъ положеніе, что покупщикъ можетъ внести акцизъ; 2) нужно чтобы лицо, освобождающее отъ обязанности, имѣло право требовать исполненія этой обязанности; продавецъ не имѣетъ права требовать, чтобы покупщикъ внесъ акцизъ, а слѣдовательно не можетъ его и освободить отъ этого. Далѣе, положеніе, что законъ объ отмѣнѣ акциза не измѣняетъ договорныхъ отношеній,—положеніе вѣрное само по себѣ,—въ данномъ случаѣ приводитъ къ невѣрному выводу, такъ какъ сенатъ имѣетъ въ виду куплю-продажу; купля-продажа соли сохраняетъ полную свою силу, не смотря на отмѣну акциза; деньги, т.-е. цѣна, въ юридическомъ смыслѣ, уплачена, соль получена; послѣдующія измѣненія акцизной системы проходятъ, такъ сказать, мимо—это вѣрно, тѣмъ болѣе, что законъ 22 ноября не возымѣлъ обратной силы по отношенію къ куплѣ-продажѣ, не нарушилъ пріобрѣтенныхъ по куплѣ продажѣ правъ. Но вѣдь въ данномъ случаѣ рѣчь идетъ объ обязательствѣ уплаты акцизныхъ денегъ; обязательство это не остается въ силѣ, такъ какъ по отношенію къ нему законъ возымѣлъ обратную силу въ томъ смыслѣ, что разрушилъ за прошедшее время главнѣйшее предположеніе этого обязательства—обязательство внесенія акциза въ казну; обязательство это разсматривается какъ не лежавшее на продавцѣ въ моментъ покупки соли. Признаться, я не понимаю, какимъ образомъ сенатъ могъ высказать въ столь общей формѣ мысль, что законъ 23 ноября не имѣетъ обратной силы. Далѣе сенатъ полагаетъ, что сложенный акцизъ не можетъ считаться принадлежностью истцовъ, ибо онъ въ видѣ цѣны перешелъ въ собственность продавцевъ. И это было бы вѣрно только въ такомъ случаѣ, еслибы истцы требовали уничтоженія сдѣлки, еслибы возникъ вопросъ о возвратѣ цѣны купли. Но вѣдь здѣсь идетъ рѣчь о возвратѣ денегъ, уплаченныхъ не въ видѣ исполненія юридически несуществующаго обязательства. Законъ 23 ноября, конечно, былъ далекъ отъ признанія недѣйствительными договоровъ купли-продажи соли; онъ парализовалъ обязательства уплаты акцизныхъ денегъ, возникшія какъ бы въ предположеніи того, что обязательства внесенія въ казну акциза еще не отмѣнены. Затѣмъ, сенатъ находитъ, что сумма прощеннаго соледобывателямъ акциза не есть сумма убытковъ, причиненныхъ солеторговцамъ. Спрашивается, развѣ истцы ищутъ убытки? Сенату вмѣсто возбужденія вопросовъ, не вытекающихъ изъ дѣла, слѣдовало бы остановиться на вопросѣ, признаетъ ли наше законодательство кондикціи, а не разрѣшать иска о вознагражденіи за убытки, котораго истцы, какъ они прямо заявляютъ, вовсе не предъявляли. Не одно, даже старое, судебное установленіе не вправѣ измѣнять требованій истца. Мало того, сенатъ ставитъ истцу въ укоръ, что онъ не доказалъ причиненныхъ ему убытковъ. Зачѣмъ было ему доказывать убытки, если онъ ихъ не ищетъ, а напрягаетъ всѣ силы, чтобы доказать обогащеніе отвѣтчиковъ на чужой счетъ. Словомъ, съ юридической стороны, аргументація сената несостоятельна [1]).

Переходимъ, наконецъ, къ аргументаціи адвоката отвѣтчиковъ. Я ей отвелъ послѣднее мѣсто потому, что адвокатъ представилъ лишь одинъ

---

[1]) Тотъ доводъ, что „фактъ неуплаты акциза есть послѣдствіе разсрочки" и т. д. опровергается сказаннымъ мною на стр. 167 и 170.

юридическій доводъ, о которомъ я уже говорилъ выше, а именно, что истцы не доказали, что Первушины не внесли акцизъ за проданную истцамъ соль, а представили лишь залоги. Этотъ доводъ самый сильный, самый важный, но, какъ я сказалъ, на него судебные органы не обратили должнаго вниманія. Еслибы коммерческій судъ отказалъ въ искѣ по бездоказанности и сенатъ призналъ бы рѣшеніе суда правильнымъ, противъ этого ничего нельзя бы было возразить. Но насколько этотъ доводъ адвоката отвѣтчиковъ силенъ, настолько слабы остальные. Въ сущности, послѣдніе могутъ быть сведены къ двумъ: 1) онъ находитъ смѣлымъ заявленіе истцовъ, что отвѣтчики обогатились и доказываетъ, что съ отмѣною акциза обогатились истцы, а отвѣтчики понесли ущербъ и 2) онъ утверждаетъ, что выгоды отъ отмѣны акциза должны быть предоставлены тѣмъ, которые стоятъ въ непосредственныхъ отношеніяхъ къ казнѣ, а не покупщикамъ, иначе всякій маленькій торговецъ могъ бы требовать и себѣ этотъ акцизъ. Повидимому возраженія сильныя; хотя они и не юридическаго характера, но любопытно съ ними познакомиться. Адвокатъ отвѣтчиковъ утверждаетъ, что солеторговцы обогатились, ибо послѣ сложенія акциза цѣна на соль увеличилась, этотъ излишекъ и составляетъ ихъ барышъ. На это противная сторона возразила, что цѣна на соль какъ продуктъ, увеличилась, а въ общемъ—уменьшилась. Прежде соль стоила 17 коп. да акцизу платилось 25 коп., итого 42 к.; теперь соль стоитъ 20 — 30 к., т.-е. дороже прежняго, а въ общемъ, на 12 к. дешевле. Такъ какъ отвѣтчики продали соль за 42, а истцы продаютъ ее за 30 к. то, конечно, они несутъ 12 к. на пудъ убытку. Убытки, причиненные Первушинымъ отъ прощенія акциза, объясняются адвокатомъ ихъ тѣмъ, что, въ виду трудности добыванія горной соли, казна сбавила Первушинымъ акцизъ на 5 к.; почти всѣ соледобыватели платятъ 30 к., а Первушины 25 к., слѣдовательно, съ отмѣною акциза, послѣднимъ прощены только 25 к., а остальнымъ 30 к. Первушины не могли платить 30 к. акцизу, потому что обработка соли стоила имъ очень дорого, а они продавали соль за такую же цѣну, какъ и другіе; но сбавленный имъ пятачекъ акциза получался ими за самую соль и шелъ у нихъ на покрытіе издержекъ производства, а у другихъ—въ акцизъ; этого-то пятачка они лишились, Спрашивается, есть ли это убытокъ? Мы выше видѣли, что съ отмѣною акциза. цѣна на самую соль поднялась—вмѣсто 17 к. соледобыватели стали брать до 30 к., т.-е. на 13 к. больше прежняго. Вѣроятно и Первушины не отставали отъ другихъ въ повышеніи цѣнъ; разница лишь та, что всѣ остальные получили барышъ отъ повышенія въ 13 к., а Первушины въ 8 к. Въ концѣ-концовъ они не въ убыткѣ. Наконецъ, еслибы они несли убытки, а всѣ остальные имѣли бы выгоду, то это неравенство не должно рушиться на тѣхъ лицъ, которыя, не будучи знакомы съ торговыми дѣлами Первушиныхъ, имѣли несчастіе вступить съ ними въ сдѣлку. Адвокатъ отвѣтчиковъ именно указываетъ на исключительно—невыгодное положеніе Первушиныхъ, сравнительно съ другими соледобывателями. Но самъ онъ разрушаетъ свою аргументацію. По его мнѣнію выходитъ: съ другихъ можно требовать возврата акциза, а съ Первушиныхъ—нельзя. Слѣдовательно, принципіально вопросъ объ обратномъ требованіи акциза долженъ быть рѣшенъ въ утвердительномъ смыслѣ? — не значитъ ли это самого себя побивать? Несомнѣнно, что Первушины, хотя и не терпятъ убытковъ, но находятся въ худшемъ положеніи, нежели другіе соледобыватели, но, кажется, для установленія равенства, слѣдуетъ измѣнить арендный договоръ съ казною, а не заставлять своихъ контрагентовъ страдать ради достиженія этого уравненія... Далѣе, адвокатъ отвѣтчиковъ полагаетъ, что если выгода отъ возврата акциза не будетъ принадлежать исключительно тѣмъ, которые стоятъ въ непосредственныхъ отношеніяхъ къ казнѣ, то всѣ мелкіе торговцы потребуютъ себѣ возврата акциза; но объ этомъ я уже высказалъ свое мнѣніе (стр. 163, 164).

Не сомнѣваемся, что если-бы дѣло, подобное Первушинскому было возбуждено въ новыхъ судебныхъ установленіяхъ (ст. 28 уст. гр. суд.) и дошло до гражд. кассац. департ. сената, то оно было разрѣшено правильно. Судя по тому, что кассаціонный департаментъ рѣшительно проводитъ мысль о возможности у насъ обратныхъ требованій бездолжно-уплаченнаго, надо полагать, что онъ призналъ бы законность требованій истцовъ-солеторговцевъ.

## III.

## Юридическая конструкція добровольной неустойки [1]).

Ученіе о неустойкѣ—одна изъ благодарнѣйшихъ темъ для юридическаго анализа и юридической конструкціи; это—одна изъ любопытнѣйшихъ задачъ, предлагаемыхъ юридической логикѣ и разрѣшаемыхъ ею. Суть ея заключается въ томъ, что если неустойка есть денежная пеня, налагаемая за неисправность, то отсюда вытекаетъ рядъ послѣдствій даннаго рода; если она есть сумма, погашающая возможные убытки неисполненія обязательства—послѣдствія діаметрально противоположны. Мы разсмотримъ сначала логическія послѣдствія того и другого взгляда, а затѣмъ обращаясь къ нашему законодательству, примѣнимъ обратный пріемъ, т.-е. разсмотримъ, какія изъ указанныхъ послѣдствій того или другого рода находятъ себѣ почву въ нашемъ правѣ; это дастъ намъ возможность сказать, который изъ двухъ взглядовъ принятъ нашимъ законодательствомъ [2]).

### I.

Савиньи далъ весьма мѣткую характеристику неустойкѣ, какъ денежной пенѣ. „Неустойка, говоритъ онъ, институтъ уголовнаго права въ миніатюрѣ“ —„eine Kriminalanstalt im Kleinen“ [3]); она „несомнѣнно заключаетъ въ себѣ карательный элементъ“, замѣчаетъ Н. С. Таганцевъ [4]). Этотъ элементъ Савиньи видитъ въ цѣли и послѣдствіяхъ неустойки [5]). Съ своей стороны не можемъ не прибавить, что онъ заключается еще и въ основномъ условіи неустойки. Съ точки зрѣнія *цѣли* неустойка, какъ и наказаніе, заключаетъ въ себѣ устрашеніе; неустойка имѣетъ цѣлью заставить должника подъ страхомъ уплаты ея исполнить обяздтельство. *Послѣдствія* наказанія, какъ и неустойки—причиненіе извѣстнаго вреда, пораженіе извѣстнаго блага, при неустойкѣ—денежная потеря. *Условіе* и наказанія, и неустойки—правонарушеніе; при неустойкѣ — оно выражается въ формѣ неисполненія обязательства, неисправности, причемъ нарушеннымъ является какъ субъективное право

---

[1]) Юридич. Лѣтоп. 1891 г. кн. 2.

[2]) Такой пріемъ, при весьма слабомъ теоретическомъ обоснованіи, примѣненъ къ римскому праву Neuenfeldt'омъ въ его соч. Ist die Conventionalstrafe ihrem Grundprincipe nach Strafe oder Ersatzleistung, Berlin. 1885.

[3]) Savigny, Obligationenrecht. B. 2. S.

[4]) Таганцевъ, Карательная дѣят. госуд. и ея границы. Журн. гражд. и уголовн. права 1882 г. кн. I, стр. 50.

[5]) Savigny, System. B. 5. S. 59.

лица, такъ и объективная норма, норма договора, lex privata[1]). Оставляя въ сторонѣ несомнѣнные признаки различія между наказаніемъ и неустойкой, мы, въ виду признаковъ сходственныхъ, можемъ сдѣлать нѣсколько выводовъ, черпая ихъ изъ пенальнаго характера неустойки, а именно:

1) Основное условіе уголовной отвѣтственности, чтобы посягательство было результатомъ виновности посягающаго[2]). Неустойка предполагаетъ *вину* неисполнившаго[3]), а потому доказанность непреодолимой силы или случая, бывшихъ причиною неисполненія обязательства, исключаетъ и обязанность платежа неустойки[4]); исключаетъ ее вообще всякое обстоятельство, совершившееся не по винѣ должника.

2) Преступное дѣяніе считается совершившимся, когда въ немъ воспроизведенъ весь требуемый закономъ составъ его, къ коему относятся какъ признаки, прямо указанные въ законѣ, такъ и подразумѣваемые[5]). По отношенію къ неустойкѣ можно сказать тоже самое: дѣяніе здѣсь выражается въ „неисправности", т.-е. въ неисполненіи обязанности; это неисполненіе должно быть воспроизведеніемъ того, что заключается въ нормѣ договора, in lege privata; но въ договорѣ быть можетъ нѣтъ точной характеристики этой неисправности; тогда предполагается, что въ какой бы мѣрѣ эта неисправность ни обнаружилась, она должна считаться таковою и влечь за собою свойственныя ей послѣдствія въ полной мѣрѣ; частичное исполненіе равняется полному неисполненію[6]); подрядчикъ, неисполнившій вовсе подряда или исполнившій лишь часть его—одинаково долженъ уплатить полную неустойку[7]).

3) Отбытіе наказанія не избавляетъ осужденнаго отъ необходимости исполнить впредь ту обязанность, за неисполненіе которой онъ былъ наказанъ; лицо, наказанное за уклоненіе отъ воинской повинности, все-таки должно отбыть эту повинность. То же самое мы видимъ при неустойкѣ — должникъ повиненъ въ неисполненіи обязательства и долженъ за это уплатить пеню, но дальнѣйшія послѣдствія неисполненія остаются тѣ же, что и при обязательствахъ необезпеченныхъ неустойкою; иначе говоря, отношеніе между главнымъ обязательствомъ и обязательствомъ по неустойкѣ не альтернативно, а кумулятивно; уплата или взысканіе ея не освобождаютъ должника отъ исполненія по главному обязательству[8]).

4) Наказаніе должно быть личное, т.-е. не должно касаться ни одного изъ неучаствовавшихъ въ преступленіи лицъ, даже самыхъ близкихъ къ преступнику; принципіально говоря, даже денежный штрафъ не можетъ пасть на наслѣдниковъ—они не обязаны его уплатить[9]), ибо онъ такая же карательная мѣра, какъ и другія; если страданіе преступника есть необходимый постулатъ наказанія, который долженъ быть, по возможности, уменьшаемъ[10]) —и интенсивно, и экстенсивно,—въ предѣлахъ цѣлесообразности карательныхъ мѣръ, то именно въ ограниченіи денежнаго штрафа исключительно лицомъ, совершившимъ преступное дѣяніе, нельзя не видѣть удобнаго случая для

---

[1]) Ryck, Der Irrthum bei Rechtsgeschäften въ сборн. Festgabe für G. Beseler S. 127—128.

[2]) Таганцевъ, Лекціи в. 2, стр. 626.

[3]) Мейеръ, Русск. гражд. пр. стр. 408.

[4]) Таганцевъ, Карат. дѣят. стр. 51. Neuenfeldt н. с. стр. 4—5.

[5]) Таганцевъ, Лекціи стр. 856.

[6]) Windscheid, Pandecten. B. 2. S.

[7]) Neuenfeldt н. с. стр. 5.

[8]) Savigny, Oblig. 2. S. 274.

[9]) Спасовичъ, Учебн. уг. пр. т. 1, стр. 180, 308.

[10]) Сергѣевскій, Р. уг. пр. (2 изд.) стр. 96, 47.

ослабленія человѣческихъ страданій именно въ той области, которая такъ заманчива для нарушенія этого принципа. Всего полнѣе аналогія наказанія и неустойки проявляется при сравненіи послѣдней съ платою безчестья, являющагося, очевидно, наказаніемъ; какъ таковое, оно не переходитъ на наслѣдниковъ обидчика. Тоже имѣетъ мѣсто при неустойкѣ, если смотрѣть на нее исключительно какъ на денежную пеню [1]).

5) Цѣль конкретныхъ наказаній—цѣль спеціальная—можетъ заключаться и въ устращеніи преступника [2]); напр., денежный штрафъ имѣетъ именно эту цѣль; сознаніе того, что совершеніе даннаго дѣйствія повлечетъ за собою уплату штрафа, удерживаетъ лицо отъ совершенія этого дѣйствія и, до извѣстной степени, обезпечиваетъ государство въ дѣлѣ исполненія гражданами своихъ обязанностей. Самый размѣръ наказанія соразмѣряется съ спеціальною цѣлью его; денежный штрафъ въ 2 коп.—наказаніе безцѣльное; государство можетъ его возвышать до того предѣла, при какомъ онъ становится цѣлесообразнымъ, т.-е. принимаетъ характеръ устрашительный и обезпечительный То же самое слѣдуетъ сказать о неустойкѣ. Отъ контрагентовъ долженъ зависѣть размѣръ ея: онъ можетъ стоять внѣ всякаго отношенія къ цѣнѣ предмета главнаго обязательства [3]), а такъ какъ, въ большинствѣ случаевъ, кредиторъ предписываетъ условія договора, то этотъ размѣръ опредѣляется тѣмъ, насколько страхъ уплаты неустойки заставитъ должника исполнить обязательство и насколько кредиторъ можетъ считать себя обезпеченнымъ [4]).

6) Преступное дѣяніе, независимо отъ карательныхъ послѣдствій, влечетъ за собою право лица пострадавшаго требовать вознагражденія за убытки, причиненные преступленіемъ; взысканіе ихъ независитъ отъ кары. Такъ и неустойка, будучи уплачена какъ пеня, не погашаетъ права кредитора искать убытковъ отъ неисполненія обязательства [5]); вѣдь не съ цѣлью покрытія этихъ убытковъ была установлена неустойка, а съ цѣлью обезпечить исполненіе; если первая цѣль достигнута—функція неустойки исчерпана, а убытки все-таки требуютъ возмѣщенія.

## II.

Обратимся къ другому воззрѣнію на неустойку, по которому она есть сумма, напередъ выговоренная для погашенія убытковъ неисполненія обязательства. Съ этой точки зрѣнія неустойка заключается не въ понужденіи къ исполненію, и не въ обезпеченіи исполненія, а въ обезпеченіи вознагражденія за тѣ убытки, которые могутъ проистечь для кредитора отъ неисполненія [2]). Какъ бы совершененъ ни былъ процессъ объ убыткахъ, точное опредѣленіе

---

[1]) Neuenfeldt и. с. стр. 8.

[2]) Сергѣевскій и. с. стр. 100.

[3]) Savigny, Oblig. B. 2. S. 275.

[4]) Hartmann, Der Civilgesetzentwurf. (Arch. f. d. c. Pr. B. 73 H. 3. S. 381) полагаетъ, что, подобно тому, какъ наказаніе можетъ быть налагаемо судьею въ предѣлахъ установленнаго закономъ максимума и минимума, такъ и неустойка можетъ быть понижена судьею гражданскимъ до опредѣленнаго закономъ размѣра. Hartmann упускаетъ изъ виду, что уголовный судья при примѣненіи наказанія сообразовывается съ „мѣрой вины", для гражданскаго же судьи этой „мѣры вины" быть не можетъ; если вина есть, то наступаютъ всѣ ея послѣдствія, будетъ ли данное дѣйствіе умышленное или неосторожное, въ той или другой степени—это все равно; кредиторъ долженъ быть удовлетворенъ полностью.

[5]) Wendt, Rechtssatz und Dogma въ Jhering's Jarb. f. d. Dogma. B. XXII. H. 3—5, s. 299.

ихъ размѣра иногда чрезвычайно затруднительно [1]); для кредитора представляетъ не мало удобствъ заранѣе установить, хотя и предположительно, размѣръ ихъ и быть увѣреннымъ, что въ случаѣ причиненія убытковъ, они будутъ возмѣщены. Принявъ этотъ взглядъ, мы приходимъ къ другимъ выводамъ сравнительно съ тѣми, къ которымъ пришли, исходя изъ воззрѣнія на неустойку, какъ на денежную пеню.

1) Характеръ того обстоятельства, которое послужило причиною неисполненія обязательства совершенно безразличенъ: будетъ ли то умыселъ, или случай—все равно; неустойка должна быть уплачена [2]). Это правило должно примѣняться безъ всякихъ ограниченій; хотя бы по прямому указанію закона или по общему его смыслу случай избавлялъ отъ необходимости исполненія главнаго обязательства и влекъ за собою прекращеніе послѣдняго, неустойка должна быть уплачена. Это основано на томъ общемъ соображеніи, что если неустойка имѣетъ своею цѣлью возмѣщеніе убытковъ неисполненія, то было бы совершенно противно намѣренію договаривающихся сторонъ ограничивать право стороны пострадавшей отъ неисполненія особымъ условіемъ; все исключительное и ограничительное не должно быть въ этомъ случаѣ предполагаемо; предположеніе склоняется въ пользу того, что является согласнымъ съ основнымъ мотивомъ даннаго договора; мотивъ его—обезпечить себя отъ убытковъ, происшедшихъ отъ неполученія должнаго, безо всякой оговорки, почему должное не могло быть получено; при такомъ общемъ мотивѣ кредиторъ, очевидно, имѣлъ въ виду и неисполненіе вслѣдствіе причины, независящей отъ должника.

2) Если должникъ исполнилъ часть обязательства и кредиторъ принялъ удовлетвореніе въ этой части, то и убытокъ, въ предположеніи котораго была выговорена неустойка, не можетъ равняться суммѣ, которой онъ равнялся бы, еслибы обязательство вовсе не было исполнено. Если поставщикъ обязался уплатить неустойку въ 1000 руб. и не успѣлъ допоставить на 10 руб., то этотъ недочетъ не можетъ вызвать убытокъ, на покрытіе котораго потребовалось бы 1000 руб.—это contra natura rerum; при установленіи неустойки кредиторомъ примѣрно исчисляется возможный убытокъ и опредѣляется его максимальный размѣръ, имѣя въ виду полное неисполненіе; если же онъ разъ принялъ исполненіе въ части, то тѣмъ указалъ на измѣненіе разсчета,—прежній разсчетъ не можетъ остаться въ силѣ. Въ виду этого при частичномъ исполненіи обязательства, размѣръ неустойки долженъ подлежатъ соотвѣтственному уменьшенію [3]).

3) Если неустойка есть сумма, долженствующая погасить убытки неисполненія, то она въ сущности является эквивалентомъ предмета главнаго обязательства [4]). Кредиторъ разсчитываетъ: если обязательство должникомъ не будетъ исполнено, то это повлечетъ за собой такой-то убытокъ, и сообразно съ этимъ назначаетъ неустойку; его интересъ равномѣрно удовлетворяется исполненіемъ главнаго обязательства и исполненіемъ обязательства о неустойкѣ. А потому, если онъ съ момента неисполненія главнаго обязательства можетъ требовать неустойку, то уже требовать исполненія главнаго обязательства не можетъ. Мы въ этомъ смыслѣ говоримъ: неустойка и исполненіе альтернативны [5]).

---

[1]) Förster. Theorie und Praxis des g. pr. P. R. (ed. Eccius) B. I. s. 831. Азаревичъ. Система р. п. т. 2, стр. 236.

[2]) Мейеръ н. с. стр. 408.

[3]) Побѣдоносцевъ. Курсъ гр. пр. (изд. 2) т. 3, стр. 284. Baron. Pandecten, s. 366.

[4]) Förster н. с. стр. 838—839. Neuenfeldt н. с. стр. 5.

[5]) Förster н. с. стр. 835.

[6]) Savigny, Oblig. R. S. 275.

4) Неустойка, какъ „видъ обязательствъ вознагражденія за убытки", переходитъ и на наслѣдниковъ должника [1]). Противъ этого, однако, возражаютъ, что не это соображеніе заставляетъ признать наслѣдственный переходъ неустойки, а то, что она есть обязательство, основанное на договорѣ,— основаніе обязательства, а не содержаніе его заставляетъ признать эту преемственность [2]). Съ этимъ воззрѣніемъ согласиться нельзя потому, что договорное происхожденіе даннаго обязательства отнюдь не указываетъ на его преемственность; есть не мало договорныхъ обязательствъ не допускающихъ по общему плавилу преемственности; сюда относятся всѣ такъ-называемыя личныя обязательства, напр. личный наемъ, довѣренность; основаніе, по которому эти обязательства не преемственны, лежитъ въ томъ, что они связаны съ индивидуальною личностью [3]), иначе говоря, *содержаніе* ихъ можетъ быть надлежащимъ образомъ реализировано только даннымъ лицомъ.

5) Неустойка въ смыслѣ вознагражденія за убытокъ находитъ въ послѣднемъ свой объективный критерій; максимальный размѣръ ея, если не съ достаточною точностью, то съ нѣкоторою вѣроятностью, опредѣляется этимъ критеріемъ; противно здравому смыслу и порядку вещей то предположеніе, что убытки отъ неисполненія обязательства въ 10 руб. будутъ равны 1000 руб.; въ виду этого размѣръ неустойки въ указанномъ смыслѣ можетъ подлежать или ограниченіямъ со стороны закона, или уменьшенію, сбавкѣ, со стороны суда [4]), сообразно тому убытку, который въ первомъ случаѣ можетъ быть причиненъ неисполненіемъ, во второмъ—дѣйствительно причиненъ.

6) Если разъ неустойка уплачена, то, слѣдовательно, убытки отъ неисполненія обязательства погашены, и креригоръ уже не можетъ требовать дополнительнаго платежа ихъ; противное значило бы „драть съ одного вола двѣ шкуры". Если кредиторъ невѣрно вычислилъ убытки при заключеніи договора, то долженъ примириться съ невыгодами своей ошибки; она не можетъ ложиться на должника.

Вотъ тѣ діаметрально противоположные выводы, къ которымъ мы пришли, взявъ за основаніе тотъ или другой изъ двухъ взглядовъ на неустойку.

## III.

Для рѣшенія вопроса, какого взгляда на неустойку держится наше законодательство, посмотримъ, какъ оно разрѣшаетъ тѣ шесть выводныхъ вопросовъ, которыми мы выше занимались. Но предварительно сдѣлаемъ оговорку: въ дальнѣйшемъ мы постараемся изъ отдѣльныхъ постановленій нашего законодательства раскрыть намѣреніе законодателя; намѣренія же контрагентовъ, могущихъ придать неустойкѣ то или другое значеніе, мы оставимъ въ сторонѣ.

1) Имѣетъ ли для неустойки по нашему законодательству значеніе характеръ того обстоятельства, которое послужило причиною неисполненія главнаго обязательства? Право на неустойку предполагаетъ существованіе главнаго обязательства; по нашему праву она даже „особое", „закону не противное условіе, въ договоръ внесенное" (ст. 1530, 1573); съ прекращеніемъ главнаго обязательства прекращается и право на неустойку [5]); прекращается

---

[1]) Stubenrauch, Das allg. bürg. Gesetzb. B. II. S. 278.

[2]) Unger, System des öster. P.-R. B. 6. S. 169. Anm. 10 см. тоже B. 2, S. 365. Anm. 46.

[3]) Baron н. с. стр. 465.

[4]) Neuenfeldt н. с. стр. 10.

[5]) Förster н. с. стр. 842.

главное обязательство, между прочимъ, вслѣдствіе физическаго или юридическаго препятствія къ исполненію [1]), выражающагося въ формѣ случайныхъ событій—гибели вещи и невозможности исполненія [2]). Нашъ законъ признаетъ также, что случай. casus, разрушаетъ договоръ (ст. 1689, 2106, 2330, Пол. о каз. подр. ст. 216, Уст. о пр. ст. 109) и тѣмъ самымъ разрушаетъ и „условіе" о неустойкѣ, т.-е. должникъ можетъ и не платить неустойки. Но, какъ извѣстно, не всякое неисполненіе обязательства безъ вины должника влечетъ за собой потерю права и прекращеніе обязанности; обязательственное отношеніе можетъ продолжать свое существованіе, а между тѣмъ, и случайный фактъ и неисполненіе были на лицо; такъ, напр., должникъ не исполнилъ потому, что не могъ разыскать кредитора или потому, что былъ боленъ или все его имущество сгорѣло и т. п. Въ этихъ случаяхъ обязательство остается въ силѣ, а отъ платежа неустойки должникъ освобождается, ибо нѣтъ въ наличности вины. Въ нашемъ законодательствѣ имѣется указаніе на случай, когда безъ прекращенія главнаго обязательства прекращается обязательство уплаты неустойки. Въ ст. 218 Полож. о каз. подряд. перечисленъ рядъ случайныхъ обстоятельствъ, освобождающихъ подрядчика отъ платежа и добровольной неустойки (ст. 49) при сохраненіи самого подряда въ полной силѣ. Изъ этого видно, что и по нашему законодательству понятіе случая, casus'а, по отношенію къ неустойкѣ гораздо шире понятія случая, по отношенію къ другимъ обязательствамъ; данное случайное событіе признается таковымъ по отношенію къ неустойкѣ и разрушаетъ ее, но по отношенію къ другому обязательству, этою неустойкою обезпеченному, не разсматривается какъ casus, не исключаетъ вины и слѣдовательно не разрушаетъ самого обязательства.

Въ виду изложеннаго, отвѣтъ на поставленный вопросъ можетъ быть таковъ: если на сторонѣ должника нѣтъ вины, онъ освобождается отъ неустойки; a contrario: онъ обязанъ уплатить неустойку, если виновенъ въ неисполненіи обязательства, если на его сторонѣ dolus или culpa. Это положеніе принято какъ теоріей [3]) такъ и практикой [4]); первая только въ лицѣ покойнаго Д. И. Мейера, аргументируетъ это положеніе аналогіей съ уголовными наказаніями, практика же не приводитъ никакихъ основаній.

2) Влечетъ ли за собой частичное исполненіе главнаго обязательства соразмѣрную сбавку неустойки? Для положительнаго отвѣта на этотъ вопросъ въ нашемъ законѣ никакихъ данныхъ не имѣется. Если законъ гласитъ, что „неустойка взыскивается въ томъ количествѣ, какое назначено" (ст. 1585), то уменьшить это количество судъ безъ обоюднаго согласія сторонъ и безъ прямого указанія закона не можетъ.

3) Стоятъ ли по нашему праву исполненіе главнаго обязательства и платежъ неустойки—въ кумулятивномъ или альтернативномъ отношеніи? Законъ (ст. 1585) прямо отвѣчаетъ на этотъ вопросъ въ смыслѣ кумулятивности: „договоръ... и при взысканіи неустойки остается въ своей силѣ"—неустойка взыскивается независимо отъ взысканія по неисполненію самого договора.

4) Никакихъ затрудненій не представляетъ и вопросъ о томъ, переходитъ ли обязательство уплатить неустойку на наслѣдниковъ въ тѣхъ случаяхъ, когда ихъ наслѣдодатель не исполнилъ обязательства. И теорія [5]), и практика [6])

---

[1]) Hartmann, Casus und seine Prästation Jhering's Jahrb. f. Dogm. B. XXII. 6. S. 423, 437 и слѣд.

[2]) Анненковъ, О прекращ. догов. Ж. г. и уг. пр. за 1890 г. кн. 8, стр. 18—23.

[3]) Мейеръ н. с. стр. 408. Побѣдоносцевъ н. с. стр. 284. Lehr, Elem. du dr. c. r. t. 2, p. 141—142.

[4]) Р. Г. К. Д. 1875 г. д. Юдина № 547; 1871 г. д. Малышевой № 428.

[5]) Побѣдоносцевъ н. с. стр. 291. Lehr н. с. стр. 142.

[6]) Р. Г. К. Д. 1871 г. д. Луковича № 965.

отвѣчаютъ на этотъ вопросъ утвердительно, основываясь на томъ соображенiи, что къ наслѣдникамъ вмѣстѣ съ имуществомъ переходитъ и отвѣтственность по обязательствамъ (стр. 1259) имущественнаго характера (ст. 1543), каковымъ является и неустойка. Этотъ мотивъ совершенно основателенъ: она переходитъ на наслѣдниковъ не потому, какъ мы видѣли, что она обязательство *договорное*, а потому, что она обязательство чисто имущественнаго свойства. Стоя на почвѣ дѣйствующаго права, мы не можемъ отрѣшиться отъ обязательственнаго характера неустойки и смотрѣть на нее исключительно съ точки зрѣнiя пенальной; только при этомъ отрѣшенiи можно не признать перехода обязательства уплатить неустойку на наслѣдниковъ должника. Въ возможности этого перехода насъ убѣждаетъ еще одно обстоятельство: для губернiй малороссiйскихъ имѣется правило, что обязанность уплаты неустойки переходитъ на наслѣдниковъ должника въ томъ только случаѣ, когда при жизни должника былъ о томъ предъявленъ искъ (ст. 1586). Въ виду того, что мѣстный законъ есть законъ исключительный и въ упомянутомъ законѣ имѣется ограниченiе общаго правила („въ томъ *только* случаѣ"), мы можемъ сказать, что общее правило есть безусловная преемственность неустойки, исключенiе — условная преемственность ея.

5) Устанавливаетъ ли законъ тѣ или другiя ограниченiя размѣра неустойки? Если по нашему законодательству 1) какъ мы видѣли „неустойка взыскивается въ томъ количествѣ, какое назначено" (ст. 1585) и 2) если назначенiе ея количества ограничено лишь для губернiй малороссiйскихъ (ст. 1584), т.-е. въ законѣ исключительномъ, — то мы можемъ сказать, что никакихъ ограниченiй закономъ не установлено; и судъ не можетъ, въ виду отсутствiя вышеуказаннаго объективнаго критерiя, измѣнить ея размѣръ; стороны могутъ назначить ее въ любомъ размѣрѣ [1]). Установленiе т.-наз. законной неустойки (ст. 1575) не есть ограниченiе размѣра неустойки добровольной, — послѣдняя въ тѣхъ случаяхъ, когда установлена законная неустойка, исключается [2]). Иного мнѣнiя Мейеръ [3]): онъ смотритъ на ст. 1557 какъ на субсидiарное правило, примѣняемое при отсутствiи соглашенiя о размѣрѣ неустойки; контрагенты, по его мнѣнiю, могутъ установить неустойку и по займу въ любомъ размѣрѣ. Такой взглядъ противорѣчитъ буквальному смыслу 1583 ст., въ которой сказано, что добровольная неустойка можетъ быть установлена *въ такихъ только случаяхъ, когда она не опредѣлена закономъ.*

6) Можетъ ли кредиторъ независимо отъ неустойки взыскивать вознагражденiе за убытки, причиненные неисполненiемъ договора? Рѣшенiе этого вопроса находится въ прямой зависимости отъ вопроса о томъ отношенiи, въ какомъ находится главное обязательство и обязательство уплаты неустойки; если отношенiе ихъ кумулятивно, и главное обязательство остается въ силѣ, то неисполненiе его должно влечь за собою всѣ нормальныя послѣдствiя этого факта, а именно: 1) право на принудительное исполненiе и 2) право на интересъ, т.-е. на вознагражденiе за убытки неисполненiя. По нашему законодательству упомянутое отношенiе обязательствъ кумулятивно, причемъ законъ, высказывая это положенiе, употребляетъ весьма широкое выраженiе, а именно говоритъ, что кредитору, независимо отъ неустойки, предоставляется „*взыскать* по неисполненiю договора" (ст. 1585); взысканiя же *по неисполненiю* договора могутъ быть двухъ родовъ: 1) удовлетворенiе во всемъ томъ, что постановлено въ договорѣ (ст. 570) и 2) вознагражденiе за убытки, причиненные неисполненiемъ обязательства, какъ „дѣянiемъ или упущенiемъ", въ ко-

[1]) Побѣдоносцевъ н. с. стр. 283. Lehr н. с. стр. 139.

[2]) Побѣдоносцевъ н. с. l. с.

[3]) Мейеръ н. с. стр. 140.

торомъ должникъ виновенъ (ст. 684). Для исключенія „неисполненія" договора изъ категоріи „дѣяній и упущеній", могущихъ причинить убытокъ, подлежащій возмѣщенію, конечно, нѣтъ основаній [1]).

## IV.

Разсмотрѣвъ по нашему праву тѣ шесть вопросовъ, которые столь различно разрѣшаются смотря потому, какая изъ двухъ точекъ зрѣнія на неустойки будетъ принята за исходную, мы приходимъ къ тому выводу, что, принципіально говоря, наше законодательство смотритъ на неустойку, какъ на денежную пеню; изъ разсмотрѣнныхъ шести вопросовъ пять разрѣшаются закономъ въ смыслѣ, согласномъ съ этимъ воззрѣніемъ, и лишь одинъ въ смыслѣ, противоположномъ; такъ что по общему смыслу, по духу нашего законодательства *неустойка есть, прежде всего, денежный штрафъ*. Это подтверждается и буквальнымъ смысломъ выраженій, употребленныхъ въ законѣ: она, какъ „штрафъ" (ст. 218 Пол. о подр.), „пеня" (у. торг. ст. 329—332) [2]), вносится въ договоръ „для подкрѣпленія силы обязательства" (ст. 1583), т.-е. какъ обезпеченіе исполненія, а не какъ вознагражденіе за убытки.

Сдѣланный выводъ ставитъ наше законодательство по вопросу о неустойкѣ въ совершенно изолированное положеніе: современныя западныя законодательства [3]) видятъ въ неустойкѣ вознагражденіе за убытки. Но это не значитъ, что нашему юридическому быту чужды воззрѣнія, принятыя западными законодательствами, и наоборотъ, западному юридическому быту—воззрѣніе принятое нашимъ законодательствомъ. Добровольная неустойка есть институтъ договорнаго права, гдѣ творческой силѣ воли частнаго лица дается широкій просторъ; нормы закона о неустойкѣ суть нормы характера субсидіарнаго, т.-е. примѣняются онѣ тогда, когда изъ смысла договора нельзя вывести, какое значеніе придается неустойкѣ сторонами [4]); а какое значеніе должна имѣть неустойка, какъ разрѣшить тотъ или другой изъ вопросовъ, имѣющихъ значеніе для характеристики неустойки—это дѣло сторонъ. Сдѣланный же нами выводъ изъ положеній нашего законодательства имѣетъ то практическое значеніе, что при разрѣшеніи такихъ, касающихся неустойки, вопросовъ, которые не предусмотрѣны закономъ объ этомъ институтѣ и не могутъ быть разрѣшены на основаніи договора, должно имѣть въ виду, что неустойка, прежде всего—наказаніе; но это положеніе конечно, можетъ быть, примѣнено лишь при отсутствіи въ законѣ вообще такихъ правилъ, которыя бы исключали возможность его примѣненія. Для практики, скажемъ короче, это положеніе имѣетъ то значеніе, что при примѣненіи законовъ о неустойкѣ, „неполнота" и „недостатки" ихъ могутъ быть восполнены положеніемъ выражающимъ „общій смыслъ" закона (ст. 9 у. г. с.), а такимъ положеніемъ и является сдѣланный нами общій выводъ.

---

[1]) Побѣдоносцевъ н. с. стр. 291. Lehr н. с. стр. 140.

[2]) Весьма характерны выраженія уст. торг.: „пеня на случай неустойки", „пеня за неустойку", т.-е. наказаніе за то, что „неустоялъ", на тотъ случай, если „неустоишь".

[3]) Code civil art. 1226—1233. Allg. Preuss. Landrecht I. Th. 5 Tit. §§ 292—305. Cod. civ. ital. art. 1209—1217. Österr. bürg. Gesetzb. § 1363, Schweiz. Oblig. R. §§ 179—482. Sächs. bürg. Gesetzb. §§ 1428—1485 Deutsch. Entwurf §§ 120—425.

[4]) Laband. Zum. 2. Buch des Entwurfs etc. въ Arch. f. d. civ. Pr. B. 74. H. 1—2. S. 46.

# IV.

## Отреченіе отъ наслѣдства въ ущербъ кредиторамъ [1]).

Jus strictum и aequitas, юридическая логика и требованія дѣйствительной жизни—еще многими по сейчасъ считаются такими противоположеніями, что о примиреніи ихъ и рѣчи быть не можетъ—одно непремѣнно вытѣсняетъ другое; идти рука объ руку они, будто бы, и не могутъ, по самому ихъ существу. Между тѣмъ, при ближайшемъ разсмотрѣніи оказывается, что это два такихъ, тѣснѣйшими узами связанныхъ друга, что разлучить ихъ если и возможно, то не разумно, а иногда просто преступно. Требованія юридической логики суть консеквенціи, выводимыя изъ извѣстныхъ предпосылокъ; требованія дѣйствительной жизни суть положенія, отвѣчающія интересамъ индивида и общежитія. Разладъ между тѣми и другими есть фальшъ, проявляющаяся въ видѣ ошибки или со стороны науки, или со стороны законодателя; первая не разъ обнаруживала неумѣніе въ дѣлѣ юридической оцѣнки явленій, т.-е. ихъ квантификаціи и квалификаціи, второй—во взвѣшиваніи, соразмѣреніи юридическихъ интересовъ индивида и общежитія. Можно привести сотни примѣровъ изъ одного гражданскаго права, когда очевидный разладъ между логикою и жизнью устраняется обнаруженіемъ и исправленіемъ ошибки или науки, или законодателя. Достаточно указать на самые рельефные случаи; напр., положенія casum sentit dominus, pretium succedit in locum rei и др. выставлялись наукой какъ общія положенія, не смотря на очевидное противорѣчіе ихъ, во многихъ случаяхъ, требованіямъ жизни; сама же наука обнаружила свою ошибку—отвергла значеніе этихъ положеній, какъ общихъ юридическихъ консеквенцій, ввела ихъ въ должныя границы и примирила, такимъ образомъ, съ жизнью [2]). Съ другой стороны, такія явленія какъ Ober- и Untereigenthum въ самыхъ разнообразныхъ ихъ проявленіяхъ (Erbzinsrecht, чиншевое право и т. д.), фиксированныя и въ законодательствахъ [3]), выродились въ формы полной собственности и торжествующимъ оказалось начало dominium plurium in solidum esse non potest.

Рядомъ съ этими случаями примиренія, когда торжествующими являются или логика, или жизнь, имѣются и другія, когда собственно торжества никакого нѣтъ, а есть лишь простое согласованіе логики съ жизнью; ни та, ни другая никакихъ уступокъ не дѣлаетъ; жизненному явленію дается извѣстная квалификація, оно становится въ ряды явленій даннаго рода, на него распространяются юридическія консеквенціи опредѣленнаго порядка; тутъ разладъ является мнимымъ, кажущимся и при вѣрной постановкѣ вопроса совершенно устраняется. И такихъ случаевъ мнимаго разлада можно привести сколько угодно; напр., положеніе nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet и безповоротность ипотечной записи, положеніе quod initio vitiosum est tractu temporis canvalescere non potest и правомѣрность исполненія по акту, совершонному лицомъ въ состояніи неправоспособности—исполненіе, произведенное по миновеніи этого состоянія и т. д.

---

[1]) Юрид. лѣтоп. 1891, кн. 5.

[2]) Wächter. Erörterungen aus dem röm., gem. und würt. R. H. I. S. 5—13, Его же. Entwurf eines b. Gesetzb. S. 128.

[3]) Pr. Landr. l. 21, § 187 и слѣд, Oster· Gezetzb. § 357.

Къ случаямъ мнимаго разлада юридической логики съ требованіями дѣйствительной жизни долженъ быть отнесенъ и вопросъ объ отреченіи должника отъ наслѣдства въ ущербъ кредиторамъ. Юридическая логика говоритъ, что кредиторы могутъ обратить взысканіе только на то, что̀ входитъ въ составъ имущества должника, какъ законно пріобрѣтенное имъ; то, что имъ еще не пріобрѣтено, не можетъ быть и предметомъ взысканія; наслѣдство еще не принятое не почитается пріобрѣтеннымъ и въ составъ имущества не входитъ, почему и кредиторы не могутъ на него притязать и не могутъ требовать уничтоженія того акта, коимъ должникъ отрекся отъ наслѣдства. Допустить противное, значитъ распространить право кредиторовъ на такія права, которыя еще могутъ возникнуть въ будущемъ, на простое чаяніе, ожиданіе имущественныхъ пріобрѣтеній. Дѣйствительная жизнь говоритъ не то. Наслѣдникъ-должникъ отрекается отъ наслѣдства; это значитъ, что, благодаря приращенію его доли къ долямъ другихъ сонаслѣдниковъ, послѣдніе завладѣваютъ тѣмъ, на что кредиторы могли бы обратить взысканіе; должникъ предоставляетъ имъ безмездно имущество съ явною цѣлью лишить кредиторовъ того, что имъ причитается. Еще болѣе возмутительны случаи фиктивнаго отреченія, когда на самомъ дѣлѣ (что почти всегда и бываетъ) должникъ получаетъ свою долю отъ сонаслѣдниковъ, въ пользу коихъ якобы отрекся отъ наслѣдства.

Какъ примирить эти два противоположенія? Въ наукѣ и по сейчасъ замѣчаются два теченія. Одни отказываются отъ примиренія и стоятъ за правомѣрность отреченія должника отъ наслѣдства, хотя бы это и шло прямо въ ущербъ его кредиторамъ, и не признаютъ за послѣдними права требовать уничтоженія акта отреченія. Другіе-же изыскиваютъ болѣе или менѣе удачные способы примиренія.

Что касается первыхъ, то, согласно съ мнѣніемъ Ульпіана [1]), Ласперс [2]), Шёнеманъ [3]) и др. исходятъ изъ того, что кредиторы могутъ требовать уничтоженія только такихъ актовъ, въ ихъ ущербъ совершенныхъ, которые содержатъ въ себѣ дѣйствительную deminutio patrimonii; притязанія кредиторовъ по существу (Natur der Sache) не могутъ идти далѣе сохраненія въ цѣлости имущества должника. Грюцманъ [4]), отрицая право кредиторовъ на уничтоженіе отреченія, ссылается на безвыходное положеніе, которое создается благодаря успѣшному осуществленію этого права; актъ отреченія уничтоженъ, слѣдовательно наслѣдство только открыто, но еще не принято, не пріобрѣтено. Кто же можетъ его принять, кромѣ наслѣдника? Никто, отвѣчаетъ Грюцманъ [5]). Менцель [6]) принципіально отрицаетъ это право кредиторовъ въ силу реституторнаго характера его. Если, говоритъ онъ, должникъ не пользуется случаемъ пріобрѣсть имущество, то вслѣдствіе этого не только не устраняются изъ его имущества объекты взысканія, но и третье лицо ничего не пріобрѣтаетъ отъ должника непосредственно; тутъ нѣтъ перехода имущества уже принадлежащаго должнику къ другому лицу, такъ что и реституировать ничего. Таковы соображенія противниковъ недѣйствительности отреченія.

Ученые же, признающіе за кредиторами право требовать уничтоженія отреченія, стоятъ или прямо на почвѣ положительнаго права, дающаго категорическій, въ положительномъ смыслѣ, отвѣтъ на этотъ вопросъ, каковы

---

¹) L. 6. pr. § 2, 4. D. quae in fraud. cred. 42. 8. L. 135 D. de div. reg. jur. 50. 17

²) Laspeyres, Ueber Anfechtung von Zahlungen etc. Arch. f. c. H. B. 21 H. 3 S. 45—46

³) Schönemann, Die Paulianische Klage S. 14.

⁴) Grützmann, Das Anfechtungsrecht der benacht. Konkurgl. S. 112.

⁵) Развѣ бы въ законѣ было на то указано; какъ, напр., у насъ въ уст. суд. торг. ст. 571.

⁶) Menzel, Das Anfechtungsrecht der Gläubiger I. 78—79.

французскіе [1]), итальянскіе [2]) и большинство арстрійскихъ юристовъ [3]); или же выставляютъ общій юридическій принципъ, въ силу коего кредиторы могутъ притязать лишь на имущество пріобрѣтенное должникомъ, и примиряютъ этотъ принципъ съ требованіями дѣйствительной жизни такимъ образомъ, что признаютъ право на наслѣдство, при тѣхъ или другихъ условіяхъ, правомъ пріобрѣтеннымъ и потому уже находящимся въ составѣ имущества должника; при такомъ взглядѣ на это право кредиторамъ можно предоставить оспариваніе акта отреченія отъ наслѣдства, такъ какъ актъ этотъ уже будетъ актомъ распоряженія имуществомъ пріобрѣтеннымъ должникомъ,

Еще римскіе юристы отличали „non acquirere“ отъ „alienare“. Актъ отреченія отъ наслѣдства можетъ быть уничтоженъ, по требованію кредиторовъ, если отреченіе является выраженіемъ мысли объ „alienare“, а не о „non acquirere“. Для рѣшенія вопроса, является-ли отреченіе тѣмъ или другимъ, ученые разсматриваемой группы отсылаютъ къ положительному праву—оно должно дать отвѣтъ на этотъ вопросъ; но при какихъ условіяхъ, по тому или другому законодательству, отреченіе выражаетъ „non acquirere“ или „alienare“—на этотъ вопросъ ученые сами отвѣчаютъ, сами выставляютъ тѣ или другія условія, причемъ говорятъ не только объ отреченіи отъ наслѣдства, но вообще объ отказахъ отъ пріобрѣтенія (Ablehnung eines Erwerbes).

При какихъ же условіяхъ отказъ отъ права выражаетъ собою „alienare“? Ученія юристовъ этой группы можно раздѣлить на двѣ теоріи: субъективную и объективную. Представителями первой являются Корнъ [4]) и Гартманъ [5]); они центръ тяжести всего вопроса находятъ въ дѣйствіи лица, направленномъ къ пріобрѣтенію права, причемъ, однако, приходятъ къ діаметрально противоположнымъ результатамъ. Корнъ говоритъ, что если для пріобрѣтенія права требуется только волеизъявленіе лица, какъ бы въ довершеніе всего объективнаго состава фактовъ, необходимыхъ для пріобрѣтенія права, то прямой отказъ отъ волеизъявленія, въ смыслѣ желанія пріобрѣсть право, можетъ быть уничтоженъ кредиторами; цѣль ихъ возстановить прежнее состояніе и воспользоваться имъ для своего удовлетворенія—что они могутъ сдѣлать изъявляя согласіе за должника; такъ что, если по данному законодательству для пріобрѣтенія наслѣдства нужно еще волеизъявленіе наслѣдника, то отреченіе можетъ быть уничтожено, и кредиторы могутъ принять наслѣдство за наслѣдника-должника. Гартманъ тоже придаетъ рѣшающее значеніе волеизъявленію правопріобрѣтателя; если для пріобрѣтенія права еще требуется волеизъявленіе, то пока этого волеизъявленія не сдѣлано, право еще не пріобрѣтено, а слѣдовательно о возможности уничтоженія отказа отъ этого будущаго права не можетъ быть и рѣчи; такъ что, если для пріобрѣтенія наслѣдства еще нужно волеизъявленіе наслѣдника, то отреченіе отъ наслѣдства уничтожено быть не можетъ.

Объективная теорія, представителями которой можно считать Козака [6]) и Менцеля [7]), принципіально, однако, отрицающаго право уничтоженія отреченія), переноситъ центръ тяжести вопроса на характеръ права, отъ пріобрѣ-

---

[1]) C. civ. art. 788 см. Naquet, De l'action Paulienne p. 107—108. Capmas, De la révocation des actes etc. p. 90—93.

[2]) C. civ. art. 949. Maierini, Della revoca degli atti fraudolenti p. 80—84.

[3]) Krasnopolsky, Anfechtung v. Rechtshandl. въ Grünh. Zeitsch. B. 14 H. 1 S. 72. Steinbach, Commentar zu d. Gesetz v. 16 März. 1884. S. 18, 82.

[4]) Korn, Anfechtung von Rechtshandlungen der Schuldner. S. 71—73

[5]) Hartmann, Gesetz betr. d. Anfechtung etc. S. 42—43.

[6]) Cosack. Das Anfechtungrecht der. Gläubiger. S. 66—75.

[7]) Menzel. н. с. стр. 80—86.

тенія котораго лицо отказывается. Особенно важными моментами, говоритъ Мендель, для причисленія даннаго права къ составу имущества суть: способность его переходить по наслѣдству (Vererblichkeit) и подлежать отчужденію (Veräusserlichkeit); слѣдовательно, если право на открывшееся наслѣдство по данному законодательству переходитъ по наслѣдству и можетъ быть отчуждено, то отказъ отъ него есть „alienatio“ и можетъ быть уничтоженъ страдающими отъ того кредиторами. Ковакъ исходитъ отъ мысли, и ранѣе его высказанной Оттомъ [1]), что къ составу имущества принадлежитъ и право на пріобрѣтеніе, не въ смыслѣ простой фактической возможности пріобрѣтенія и правоспособности, а какъ право, имѣющее свой спеціальный титулъ; является-ли оно дѣйствительнымъ правомъ, входящимъ въ составъ имущества, это обусловлено признаніемъ со стороны положительнаго права данной возможности пріобрѣтенія преемственною (vererblich und cessibel) При наличности этихъ условій отказъ отъ даннаго права можетъ быть уничтоженъ кредиторами; въ частности, если право на открывшееся наслѣдство не есть чисто-личное, непреемственное право, отреченіе отъ него можетъ подлежать уничтоженію.

Таковы данныя современной науки по занимающему насъ вопросу. Ближайшее разсмотрѣніе изложенныхъ нами, въ самыхъ крупныхъ очертаніяхъ, воззрѣній ученыхъ приводитъ къ тому, что воззрѣнія эти не въ состояніи выдержать натиска научной критики. Не говоря уже о частныхъ недостаткахъ каждой изъ изложенныхъ теорій, сквозь всѣхъ ихъ проходитъ красною нитью въ основаніи своемъ невѣрная мысль, будто бы въ составъ имущества лица входятъ только права пріобрѣтенныя,—права, имѣющія опредѣленный титулъ. Ученые забываютъ, что изъ состава имущества лица нельзя исключить и тѣ права, обладателемъ коихъ данное лицо является въ силу законнаго предположенія принадлежности ему этихъ правъ, доколѣ противное не будетъ доказано; понятія „мое“ и „пріобрѣтенное мною“ далеко не всегда совпадаютъ; моимъ будетъ и то, на что я имѣю право въ силу законнаго предположенія, не имѣя, однако, опредѣленнаго основанія пріобрѣтенія; за мною признается данное право до тѣхъ поръ, пока противное не будетъ доказано. Если, слѣдовательно, положительное право выставляетъ предположеніе о томъ, что при такихъ-то условіяхъ лицо почитается обладателемъ даннаго права, то это предполагаемое, до доказательства противнаго, право не можетъ не входить въ составъ имущества даннаго лица. Можно ли не считать входящимъ въ составъ имущества, напр., право собственности, предполагаемое въ лицѣ владѣльца движимаго имущества или право требованія, предполагаемое въ лицѣ держателя бумаги на предъявителя? Быть можетъ эти права пріобрѣтены незаконнымъ способомъ, тѣмъ не менѣе, пока это не доказано, они почитаются принадлежащими данному лицу; мысль о способѣ ихъ пріобрѣтенія стоитъ совершенно въ сторонѣ. Но въ приведенныхъ примѣрахъ имѣются двѣ черты, которыя могутъ показаться чертами столь общаго характера, что для признанія въ данномъ случаѣ предполагаемаго права, наличность ихъ является безусловно необходимою — это: 1) фактическое обладаніе вещью и 2) явно и активнымъ образомъ выраженное желаніе почитаться обладателемъ даннаго права. Эти двѣ черты, присущія вышеуказаннымъ случаямъ, далеко, однако, не неизбѣжны въ другихъ случаяхъ предполагаемыхъ правъ. Могутъ быть случаи, когда фактическаго обладанія вовсе нѣтъ, и воля даннаго лица относится къ праву совершенно пассивно: не выражаетъ ни желанія обладать правомъ, ни желанія не обладать имъ. Ничто не мѣшаетъ положительному праву, если это желательно, цѣлесообразно, необходимо съ точки зрѣнія интересовъ индивида и общежитія, и въ этихъ случаяхъ выставить предположеніе, что

[1]) Otto, Die Anfechtung von Rechtshandlungen S. 30—31.

данное право почитается принадлежащимъ данному лицу, доколѣ противное не будетъ доказано. Возведено въ такое предполагаемое право можетъ быть и право на наслѣдство.

Оставляя совершенно въ сторонѣ вопросъ о пріобрѣтеніи права на наслѣдство, спросимъ: когда право на наслѣдство почитается принадлежащимъ данному лицу? Оно почитается принадлежащимъ наслѣднику, во-1-хъ, когда имѣется имущество, оставшееся послѣ смерти прежняго его обладателя; во-2-хъ, когда наслѣдникъ связанъ съ наслѣдодателемъ родствомъ, дающимъ право на наслѣдство или имѣется духовное завѣщаніе въ его пользу и, въ 3-хъ, когда имѣется открытое, явное заявленіе наслѣдника, что онъ принялъ наслѣдство или имъ совершены конклюдентныя дѣйствія, изъ коихъ видно желаніе его принять наслѣдство, или же *нѣтъ данныхъ, изъ коихъ можно заключить что наслѣдникъ не желаетъ принять наслѣдства*. При наличности первыхъ двухъ формъ выраженія воли мы говоримъ о дѣйствительной, несомнѣнной принадлежности права на наслѣдство данному лицу, въ случаѣ же отсутствія нежеланія принять наслѣдство—о принадлежности предполагаемой, до доказательства противнаго, т.-е. отреченія.

Противъ этого могутъ возразить, что это предполагаемое право на наслѣдство и есть право пріобрѣтенное, такъ что незачѣмъ было оставлять въ сторонѣ вопросъ о пріобрѣтеніи—онъ при такомъ построеніи именно и имѣетъ значеніе. На это позволимъ себѣ замѣтить, что такое принадлежащее лицу право не есть еще право пріобрѣтенное—для пріобрѣтенія права необходимо активное выраженіе воли о принятіи наслѣдства. Право на наслѣдство, отъ котораго лицо не отказалось, еще не пріобрѣтено имъ. Еслибы никакого различія между отсутствіемъ отказа и пріобрѣтеніемъ не было, то принятіе наслѣдства тоже не имѣло бы никакого значенія и наслѣдство еще не принятое можно бы было отождествить съ принятымъ, а между тѣмъ, различіе между ними громадное. Отречься можно лишь отъ наслѣдства еще не принятаго, а отъ принятаго безусловно нельзя; отреченіе отъ принятаго наслѣдства — это не отреченіе отъ наслѣдства, а отказъ отъ собственныхъ своихъ правъ, отказъ отъ правъ, которыя уже перестали быть унаслѣдованными. Точно также, если наслѣдство принято, то въ искахъ къ наслѣднику предъявляемыхъ onus probandi относительно принадлежности права на наслѣдство лежитъ на истцѣ, а пока оно не принято — на отвѣтчикѣ и т. д. Отсутствіе отказа отъ права только даетъ основаніе предположенію, что право принадлежитъ данному лицу. Это вѣроятное заключеніе, основанное на жизненномъ опытѣ: въ большинствѣ случаевъ это такъ и бываетъ, т.-е что предполагаемый наслѣдникъ принялъ и тѣмъ пріобрѣлъ наслѣдство—въ меньшинствѣ же случаевъ окажется, что наслѣдникъ отрекся; если это обнаружится, то предположеніе рушится и право признается не принадлежащимъ ему. Здѣсь мы встрѣчаемся съ такимъ же явленіемъ, какъ въ ученіи о защитѣ владѣнія. Владѣніе защищается въ предположенія права собственности; въ подавляющемъ большинствѣ случаевъ это предположеніе оправдывается, но иногда защитою воспользуется воръ и грабитель; но такіе случаи будутъ всегда въ меньшинствѣ [1]), и если окажется, что защитою воспользовался воръ или грабитель, то предположеніе рушится, и онъ лишается владѣнія. Вотъ въ силу какихъ соображеній мы не отождествляемъ пріобрѣтенія права на наслѣдство съ предполагаемою принадлежностью его данному лицу. Но какъ-бы то ни было, если до принятія наслѣдства право на него предполагается принадлежащимъ наслѣднику, то оно входитъ въ его patrimonium до доказательства противнаго.

---

[1]) Jhering, Ueber den Grund des Besitzesschutzes S. 130 и слѣд. Его же, Der Besitzwille. S. 144—197.

Видѣть уже законченную пріобрѣтенность, какъ это дѣлаютъ Менцель [1]) и Козакъ [2]), въ преемственности права, т.-е. въ томъ, что оно можетъ переходить по наслѣдству и быть отчуждаемымъ—нельзя. Возможность трансмиссіи и продажи наслѣдства не указываетъ на то, что право на открывшееся наслѣдство есть право пріобрѣтенное. Что касается трансмиссіи, т.-е. перехода права на открывшееся наслѣдство послѣ смерти лица, не успѣвшаго его еще принять, то примѣняется она и къ предполагаемому праву на наслѣдство, ибо право это основано не на предполагаемомъ принятіи наслѣдства,—что было-бы ничѣмъ не вызываемою фикціею,—а на отсутствіи данныхъ, изъ коихъ можно-бы было заключить, что умершій при жизни отрекся отъ права; почему онъ не отрекся—потому-ли что не желалъ или что не могъ, не успѣлъ отъ него отречься—это совершенно безразлично; нѣтъ факта, разрушающаго предположеніе о принадлежности права данному лицу, и предположеніе это остается въ силѣ; стоитъ-же этому факту, т.-е. отреченію, обнаружиться, и предположеніе падаетъ, а съ тѣмъ вмѣстѣ становится невозможною трансмиссія. Относительно-же возможности продажи права на открывшееся наслѣдство, надо замѣтить, что его даже не стоитъ примирять съ идеею предполагаемаго права; продавать предполагаемое право на наслѣдство нельзя не потому, что оно не пріобрѣтено, а потому, что во время продажи право перестаетъ быть предполагаемымъ и становится пріобрѣтеннымъ; въ соглашеніи о продажѣ права на наслѣдство выражается принятіе наслѣдства.

Въ виду изложенныхъ соображеній отреченіе отъ наслѣдства является актомъ, который направленъ на deminutio patrimonii, умаленіе имущества,—актомъ, могущимъ вредить кредиторамъ лица отрекшагося; въ силу этого онъ признается недѣйствительнымъ и какъ таковой не можетъ разрушить предположенія о принадлежности имущества данному лицу. Въ пользу этого лица открылось наслѣдство; въ его лицѣ возникло предполагаемое право; оно отреклось отъ наслѣдства, разрушило до поры, до времени это предположеніе; кредиторы уничтожаютъ актъ отреченія; прежнее предположеніе снова вступаетъ въ силу; право снова предполагается въ лицѣ наслѣдника и почитается входящимъ въ составъ его имущества; если доля его присоединилась къ долямъ другихъ наслѣдниковъ, то кредиторы требуютъ ее отъ лицъ, неправомѣрно на ихъ счетъ обогатившихся,—кондицируютъ имущество ихъ должника, обращая на него свое взысканіе.

Вотъ предлагаемая нами попытка примиренія юридической логики съ требованіями жизни. Отбросивъ мысль о томъ, что въ составъ имущества лица входитъ лишь пріобрѣтенныя права, мы говоримъ: требованіе дѣйствительной жизни, заключающееся въ предоставленіи кредиторамъ права требовать уничтоженія совершеннаго ихъ должникомъ акта отреченія отъ наслѣдства—вполнѣ мирится съ требованіемъ юридической логики, чтобы кредиторы могли обратить свои требованія только на то, что входитъ въ составъ имущества ихъ должника; при изложенномъ взглядѣ на предполагаемое право на наслѣдство нельзя сказать, что право это не входитъ въ составъ имущества; оно входитъ въ него, и потому въ признаніи за кредиторами права на имущество, отъ котораго должникъ отказался путемъ отреченія отъ наслѣдства, ничего противнаго юридической логикѣ нѣтъ и быть не можетъ.

Такова одна изъ теоретическихъ сторонъ занимающаго насъ вопроса, Остановиться на ней мы не можемъ. Вопросъ о правѣ кредиторовъ требовать уничтоженія, совершеннаго должникомъ, въ ихъ ущербъ, отреченія отъ наслѣдства есть лишь звено въ стройной цѣпи однородныхъ вопросовъ—цѣпь

---

[1]) Menzel, н. с. l. c.

[2]) Cosack, н. с. c. l.

эта общій вопросъ о правѣ кредиторовъ требовать уничтоженія дѣйствій, совершенныхъ должникомъ въ ихъ ущербъ (Anfechtungsrecht der Gläubiger, révocation des actes). Занимающій насъ вопросъ изолированъ, какъ звено, выхваченное изъ цѣпи, не представляетъ практическаго интереса; не достаточно знать, что, принципіально говоря, актъ отреченія отъ наслѣдства можетъ быть уничтоженъ; интересно знать при какихъ условіяхъ это возможно, какія послѣдствія за собою влечетъ, а эти условія и послѣдствія уничтоженія отреченія находятъ себѣ основаніе въ общихъ условіяхъ уничтоженія актовъ, совершенныхъ in fraudem creditorum. Практически это настолько важно, что именно въ условіяхъ и послѣдствіяхъ уничтоженія актовъ вообще, право кредиторовъ требовать уничтоженія отреченія можетъ или встрѣтить серьезное и рѣшительное препятствіе, или найти наилучшую почву для своего осуществленія.

На Западѣ общими усиліями законодательства, судебной практики и науки выработалась стройная система нормъ, опредѣляющихъ эти условія и послѣдствія. Укажемъ, въ самыхъ общихъ очертаніяхъ, главнѣйшія изъ нихъ, причемъ будемъ имѣть въ виду должника, не объявленнаго несостоятельнымъ.

1) Кредиторъ долженъ имѣть требованіе, обладающее исполнительною силою, ибо ранѣе момента наступленія послѣдней отношеніе между кредиторомъ и должникомъ не настолько выяснено, чтобы давать кредитору право оспаривать формально дѣйствительные юридическіе акты [1]).

2) Имущество должника должно быть недостаточно для удовлетворенія кредиторовъ; недостаточность эта должна обнаружиться при обращеніи взысканія на имущество должника; только при этой, обнаруженной во время взысканія, недостаточности, кредиторы имѣютъ основаніе обратиться къ уничтоженію акта, совершеннаго должникомъ, и тѣмъ вернуть въ составъ имущества то, что при посредствѣ этого акта вышло изъ него; искъ объ уничтоженіи такого акта есть средство, восполняющее взысканіе, средство исполненія рѣшенія вступившаго въ законную силу и является какъ бы продолженіемъ процесса взысканія, не приведшаго къ желательному результату [2]).

3) Искомъ объ уничтоженіи акта кредиторы могутъ воспользоваться лишь въ такомъ случаѣ, когда имущество, по поводу котораго этотъ искъ предъявляется, признается годнымъ объектомъ взысканія; понятно, если вещь, подлежащая, путемъ уничтоженія акта, возвращенію въ составъ имущества должника, не можетъ быть предметомъ взысканія, то самое уничтоженіе акта безцѣльно [3]).

4) Актъ долженъ быть совершенъ должникомъ съ намѣреніемъ лишить кредиторовъ возможности получить удовлетвореніе [4]); но это лишь относительно актовъ возмездныхъ, акты же безмездные могутъ подлежать уничтоженію, хотя бы не было установлено, что должникъ имѣлъ намѣреніе причинить ущербъ кредиторамъ [5]). Это исключеніе объясняется тѣмъ соображеніемъ, что „долгъ важнѣе дара"; должникъ, говоритъ Іенель, не можетъ щедрою рукою обогащать третьихъ лицъ, ставя себя тѣмъ въ такое положеніе, при которомъ лишаетъ кредиторовъ удовлетворенія [6]); намѣренно или не намѣренно онъ это дѣлаетъ—это безразлично.

Наконецъ 5) въ тѣхъ случаяхъ, когда отъ самого должника, совершающаго

---

[1]) Cosack, н. с., стр. 35—36.

[2]) Völderndorf. Das Reichsgesetz betr. d. Anfechtung, s. 26.

[3]) Korn, н. с., стр. 71. Cosack, н. с. стр. 67, 71.

[4]) Jaekel. Die Anfechtung, s, 67.

[5]) Ibid., стр. 95.

[6]) Ibid., стр. 92.

актъ, не требуется намѣренія причинить кредиторамъ вредъ, требовать это отъ третьяго лица, пріобрѣтшаго посредствомъ этого акта имущество, нѣтъ никакихъ основаній. Conscientia fraudis при отсутствіи fraus безсмыслица. Таковы условія уничтоженія актовъ.

Что касается послѣдствій уничтоженія актовъ по требованію кредиторовъ, то они сводятся къ слѣдующимъ:

1) Имущество, по поводу котораго актъ совершенъ, возвращается въ составъ имущества должника; оно разсматривается такъ, какъ будто и не выбывало изъ его состава [1]), а оставалось, юридически говоря, in bonis debitoris [2]); оно разсматривается, какъ объектъ взысканія и въ виду нахожденія его въ рукахъ третьяго лица, къ которому оно перешло въ силу даннаго акта, оно отъ него отбирается, на основаніи общихъ правилъ о взысканіи. При возвратѣ имущества, лицо это подвергается отвѣтственности за убытки: причиненные уменьшеніемъ стоимости имущества; отвѣтственность же за доходы вещи опредѣляется на основаніи общихъ правилъ о добросовѣстномъ или недобросовѣстномъ владѣніи, смотря потому была ли fraus на сторонѣ должника и conscientia fraudis на сторонѣ третьяго лица. Въ случаѣ отчужденія имущества третьимъ лицомъ, оно должно уплатить стоимость его [3]).

2) Благодоря уничтоженію акта, совершеннаго in fraudem creditorum онъ теряетъ свою силу лишь въ одномъ направленіи—по отношенію къ кредиторамъ и въ предѣлахъ ихъ требованій. Совершеніе его in fraudem creditorum не порождаетъ порока въ немъ самомъ [4]), а вызываетъ лишь извѣстныя отрицательныя послѣдствія—безсиліе его по отношенію къ кредиторамъ; внѣ этихъ предѣловъ актъ остается въ полной силѣ. Иначе говоря, обезсиленіемъ тѣхъ частей его, которыми нарушаются права кредиторовъ, не обезсиливается весь актъ въ цѣломъ его составѣ—utile per inutile non vitiatur. Практически это послѣдствіе имѣетъ тотъ смыслъ, что имущество, по поводу котораго совершенъ уничтоженный актъ, возвращается и становится объектомъ взысканія лишь настолько, насколько причиненъ ущербъ кредиторамъ и насколько это необходимо для ихъ удовлетворенія [5]).

Эти общія условія и послѣдствія уничтоженія актовъ примѣняются mutatis mutandis и къ отреченію отъ наслѣдства въ ущербъ кредиторамъ. Особеннаго вниманія заслуживаетъ признаніе того положенія, что съ уничтоженіемъ акта возстановляется прежнее положеніе вещей; по отношенію къ отреченію это значитъ, что благодаря его уничтоженію право на наслѣдство снова предполагается въ лицѣ наслѣдника-должника, и кредиторы обращаютъ свое взысканіе на наслѣдство; они прямо требуютъ выдачи его отъ другихъ сонаслѣдниковъ, исходя именно изъ того, что наслѣдство, въ опредѣленной долѣ, принадлежитъ ихъ должнику; презумція принадлежности ему наслѣдства ничѣмъ разрушена быть не можетъ, ибо отреченіе, какъ бы временно ее разрушившее, уничтожено. Для того, чтобы обратить свое требованіе на принадлежащее должнику имущество, кредиторамъ вовсе нѣтъ надобности принимать наслѣдство за него [6]), въ качествѣ какъ бы его преемниковъ; для примѣненія идеи преемства къ этому случаю вовсе нѣтъ основанія [7])—съ уничтоженіемъ отреченія наслѣдство предполагается принадлежащимъ должнику (до—невоз-

---

[1]) Otto, н. с., стр, 241.
[2]) Jnstit. IV, 6, § 6.
[3]) Cosack, н. с. стр. 266.
[4]) Jeeckel, н. с., стр. 144.
[5]) Völderndorf, н. с., стр. 20.
[6]) Какъ это предлагаетъ Korn н. с. l. c.
[7]) Примѣненіе ея мы находимъ во французскомъ кодексѣ въ art 788 C. c.

можнаго, однако, при данныхъ обстоятельствахъ—доказательства противнаго) и въ принятіи его еще кредиторами надобности не имѣется. Нечего и говорить, что съ уничтоженіемъ отреченія должникъ становится вполнѣ въ положеніе наслѣдника, т.-е. становится субъектомъ правъ и обязанностей; но при этомъ не надо упустить изъ виду, что предѣлы уничтоженія актовъ вообще ограничены требованіями кредиторовъ, и, слѣдовательно, должникъ предполагается наслѣдникомъ именно въ этихъ предѣлахъ; наоборотъ, внѣ этихъ предѣловъ, отреченіе остается въ силѣ и онъ наслѣдникомъ не считается. Напр., открылось наслѣдство во 100,000 р., обремененное долгами; наслѣдникъ отъ него отрекается; кредиторы на сумму 1000 р. уничтожаютъ отреченіе; наслѣдникъ считается таковымъ лишь на сумму 1000 р. и соотвѣтственно этой суммѣ отвѣчаетъ за долги наслѣдодателя.

Переходимъ теперь къ нашему дѣйствующему законодательству. Признаетъ ли оно за кредиторами право требовать уничтоженія отреченія отъ наслѣдства, совершоннаго должникомъ въ ихъ ущербъ? Основнымъ условіемъ утвердительнаго отвѣта на этотъ вопросъ является признаніе за кредиторами вообще права требовать уничтоженія актовъ, совершенныхъ должникомъ въ ихъ ущербъ [1]). Наше законодательство по этому предмету общихъ правилъ не даетъ [2]). Кредиторамъ предоставлено право требовать уничтоженія: а) договоровъ совершенныхъ во вредъ кредиторамъ (ст. 1529) и б) отказовъ отъ права по договору, учиненныхъ во вредъ кредиторамъ (ст. 1547). Этихъ двухъ положеній, конечно, мало, чтобы построить цѣлую общую систему, настойчиво требуемую самою жизнью. Нельзя довольствоваться тѣмъ соображеніемъ, что опроверженіе кредиторами сдѣлки ихъ должника есть форма защиты своего права, нарушеннаго людьми недобросовѣстными, и что такое право не должно быть особо оговорено—это общее право каждаго гражданина [3]). Говоря это, упускаютъ изъ виду, что право кредиторовъ требовать уничтоженія сдѣлки есть исключительное право; осуществленіемъ его постороннее лицо вторгается въ чуждое ему отношеніе, установленное данною сдѣлкою, и разрушаетъ его. Довольствоваться такими общими умозаключеніями едва ли возможно въ столь серьезномъ дѣлѣ. Нуженъ болѣе прочный „базисъ". Таковой гг. Карницкій [4]) и Рихтеръ [5]) находятъ въ слѣдующихъ постановленіяхъ закона: 1) въ ст. 570, изъ которой вытекаетъ положеніе, что тотъ, кто обязался, долженъ сохранить въ своемъ распоряженіи средства для удовлетворенія по своимъ обязательствамъ; 2) въ ст. 1539, выходящей изъ предположенія, что договоры заключаются и исполняются добросовѣстно и 3) въ ст. 933 и 935 у. г. с., по смыслу коихъ все имущество должника отвѣтствуетъ за присужденное взысканіе. Совокупный смыслъ этихъ статей тотъ, что должникъ, отчуждая свое имущество, служащее фондомъ для удовлетворенія его кредиторовъ, нарушаетъ право, имъ принадлежащее (Befriedigungsanspruch), право на удовлетвореніе; нарушеніе же этого права даетъ основаніе иску—иску объ уничтоженіи того акта, коимъ право это нарушено. Такимъ образомъ базисъ для общей теоріи опро-

---

[1]) На Западѣ вопросъ этотъ признанъ столь важнымъ, что потребовалось изданіе особыхъ законовъ; таковыми являются въ Германіи законъ 21 Іюля 1879 г. и въ Австріи законъ 16 Марта 1884 г. Во Франціи отрывочныя постановленія содержатся въ кодексѣ (art. 622 788, 1167, 1447, 1464 и др.).

[2]) Мы оставляемъ въ сторонѣ тѣ постановленія, которыя касаются уничтоженія актовъ, совершенныхъ несостоятельнымъ должникомъ.

[3]) Гордонъ въ возражен. на рефератъ Карницкаго. Журн. гр. и у. пр. 1882, кн. 6, стр. 18.

[4]) Карницкій, О правѣ кредиторовъ опровергать сдѣлки, заключенныя должникомъ съ третьими лицами, ibid., стр. 8—10.

[5]) Рихтеръ въ возраж. на рефер. Карницкаго, ibid, стр. 54.

верженія актовъ, совершенныхъ должникомъ in fraudem creditorum, въ законѣ имѣется.

Что касается условій и послѣдствій опровержения, то всѣ они находятъ себѣ достаточное подтвержденіе въ нашемъ законѣ и отчасти уже установлены нашею кассаціонною практикою, хотя и въ видѣ отрывочныхъ, не вылившихся еще въ стройную систему, положеній. Первое изъ условій—исполнительная сила требованія кредитора, опровергающаго актъ совершенный должникомъ; вытекая изъ того, что право опровергать актъ есть въ существѣ своемъ средство взысканія, оно находитъ себѣ подтвержденіе въ общемъ смыслѣ правилъ устава гр. суд., допускающихъ обращеніе взысканія на имущество, находящееся у третьихъ лицъ лишь на основаніи исполнительнаго листа, именно удостовѣряющаго исполнительную силу требованія кредитора (ст. 924—926, 1078); сенатъ, хотя и не выставляетъ этого условія, но всегда имѣетъ его въ виду, говоря о кредиторахъ, „имѣющихъ право обратить взысканіе на имущество должника" 1). Второе условіе—недостаточность имущества должника, обнаруженная при взысканіи; первая часть этого условія сама собою подразумѣвается, когда говорятъ объ актахъ совершенныхъ должникомъ въ ущербъ его кредиторамъ: ущербъ имѣетъ мѣсто только тогда, когда обнаружится недостатокъ въ объектахъ взысканія; подтвержденіе эта часть условія находитъ себѣ въ словахъ ст. 1529 п. 2: „во избѣжаніе платежа долговъ" 2) и ст. 1547 „во вредъ третьему лицу"; вторая-же часть этого условія указываетъ на ближайшій способъ обнаруженія недостаточности имущества. Когда же, какъ не при взысканіи можетъ ближайшимъ образомъ обнаружиться недостаточность имущества? Для признанія этого условія нѣтъ и надобности въ особомъ законодательномъ опредѣленіи; а при отсутствіи таковаго, нѣтъ основанія замѣнять его другимъ, выражающимъ болѣе отдаленный способъ обнаруженія недостаточности имущества; таковымъ наша кассаціонная практика до 1883 г. признавала—несостоятельность должника, объявленную судебнымъ порядкомъ. Такое осложненіе и затрудненіе самого обнаруженія недостаточности имущества вызвало рѣшительный отпоръ со стороны нашихъ цивилистовъ. Г. Карницкій ссылается на два положенія: 1) законъ не требуетъ для примѣненія п. 2 ст. 1529 объявленія должника несостоятельнымъ и 2) объявленіе несостоятельности требовалось бы, еслибы право кредиторовъ опровергать акты производилось ими отъ должника; еслибы это было право должника, то для перенесенія его на кредиторовъ, конечно, требовалось бы, въ виду ст. 21—23 у. г. с., объявленіе должника несостоятельнымъ 3). Г. Рихтеръ придаетъ рѣшительное по этому вопросу значеніе закону 7 марта 1879 г., установившему правила о протоколированномъ судомъ заявленіи должника, что у него нѣтъ никакого имущества (ст. $1222^4$—$1222^{10}$ у. г. с.). Едва ли этому можно придавать важное значеніе: протоколъ суда о неимѣніи у должника имущества есть не особый способъ обнаруженія недостаточности имущества, а лишь доказательство уже обнаруженной недостаточности имущества при взысканіи, обращенномъ на послѣднее (ст. $1222^1$ и $1222^4$); хотя, введеніемъ этого „заявленія должника", законъ, конечно, до нѣкоторой степени подтвердилъ мысль о возможности обнаруженія недостаточности имущества и помимо объявленія несостоятельности 4). Г. Книримъ, хотя и признаетъ, что законъ нашъ требуетъ въ разсматриваемомъ случаѣ, по общему правилу, объявленія должника несостоятель-

---

1) Рѣш. Г. К. Д. 1886 г. № 64 по д. Чхеидзе, 1883 г. № 21 по д. Провиной, 1881 г. по д. Афонасьева и др.

2) Карницкій, н. с. стр. 30.

3) Ibid. стр. 33—34.

4) Рихтеръ, н. с. стр. 55.

нымъ, но въ виду практическихъ неудобствъ—сложности и дороговизны процедуры—и возможности болѣе широкаго толкованія 2 п. 1529 ст., полагаетъ возможнымъ ограничиться фактическою несостоятельностью [1]). Къ этому результату пришла и кассаціонная практика [2]). Третье условіе—годность имущества, какъ объекта взысканія—вытекающее изъ характера иска объ уничтоженіи актовъ, какъ средства исполненія рѣшенія, находитъ себѣ почву въ ст. 973 и 1044 у. г. с., исключающихъ нѣкоторыя вещи изъ числа объектовъ взысканія. Четвертое условіе—намѣреніе должника лишить кредитора удовлетворенія, какъ общее правило, по мнѣнію г. Карницкаго, подтверждается выраженіемъ п. 2 ст. 1529: „подложное переукрѣпленіе", съ цѣлью коего договоръ былъ заключенъ; слова „подлогъ", „подложный" у насъ очень часто употребляются въ смыслѣ обмана, злого умысла [3]); что же касается актовъ безмездныхъ, то г. Рихтеръ совершенно основательно заключаетъ изъ содержанія 1547 ст., что намѣренія этого не требуется [4]); статья говоритъ объ одномъ изъ безмездныхъ актовъ—отказѣ отъ права по договору—и даже не намекаетъ на злой умыселъ; доказывать умыселъ этотъ по меньшей мѣрѣ не требуется. Наконецъ, пятое условіе характера чисто логическаго: если разъ по смыслу нашего закона при безмездныхъ актахъ in fraudem creditorum не требуется злого умысла отъ должника, то нѣтъ основаній требовать его и отъ третьяго лица.

Переходя къ послѣдствіямъ уничтоженія актовъ, замѣтимъ, что первое изъ нихъ—возвращеніе имущества въ составъ объектовъ взысканія, есть естественное послѣдствіе признанія закономъ исковъ объ уничтоженіи актовъ, коими имущество вышло изъ числа обладаній должника и перешло въ руки третьяго лица; оно разсматривается, какъ „имущество должника, находящееся у третьяго лица", какъ выражается съ 1078 у. г. с. и на него обращается взысканіе на основаніи правилъ ст. 968—1222 у. г. с. Второе послѣдствіе—обезсиленіе акта только въ предѣлахъ требованій кредитора, находитъ себѣ подтвержденіе въ нашемъ законѣ въ виду признанія имъ того общаго положенія, примѣненіемъ коего является это послѣдствіе; положеніе это—utile per inutile non vitiatur—прямо выражено въ ст. 1029 по отношенію къ духовнымъ завѣщаніямъ, распространено кассаціонною практикою на договоры [5]) и, очевидно, можетъ считаться общимъ правиломъ.

Вышеизложенное показываетъ, что теорія опроверженія актовъ in frauden creditorum имѣетъ достаточно прочныя точки опоры въ нашемъ законодательствѣ. Спрашивается, можно ли, безъ дальнѣйшаго обоснованія, примѣнить эту теорію къ опроверженію актовъ отреченія отъ наслѣдства? Едва-ли. Примѣнимость этой теоріи можетъ встрѣтить противодѣйствіе съ двухъ сторонъ: со стороны общаго смысла законовъ объ опроверженіи актовъ, т.-е. невозможности ихъ распространительнаго толкованія, и со стороны законовъ о правѣ наслѣдованія, т.-е. невозможности опровергать отреченіе по особому характеру его. Потому-то и аргументація pro и contra должна идти съ двухъ сторонъ.

Сначала скажемъ нѣсколько словъ о наслѣдственно-правовой сторонѣ вопроса. Тутъ мы прежде всего наталкиваемся на общепринятое положеніе, что право на наслѣдство по нашему закону пріобрѣтается наслѣдникомъ въ

---

[1]) Книримъ, н. с. стр. 59.
[2]) Рѣш. Г. К. Д. 1883 г. № 21 по д. Прониной.
[3]) Карницкій, н. с. стр. 30—31.
[4]) Рихтеръ, н. с. стр. 57—58.
[5]) Рѣш. Г. К. Д. 1873 г. № 717 по д. Михайлова.

силу одной смерти наслѣдодателя [1]). Умеръ наслѣдодатель и право наслѣдникомъ пріобрѣтено, это его право; но отъ этого права онъ можетъ отказаться. Слѣдовательно, ни о какомъ предполагаемомъ правѣ его и рѣчи быть не можетъ. Такой взглядъ относительно занимающаго насъ вопроса чрезвычайно облегчаетъ работу изслѣдователя: если отреченіе отъ наслѣдства есть отказъ отъ пріобрѣтеннаго права, то слѣдовательно, оно можетъ быть уничтожено кредиторами, въ ущербъ коимъ сдѣлано. Но мы не допускаемъ возможности пріобрѣтенія права на наслѣдство безъ прямого или косвеннаго волеизъявленія наслѣдника. Аргументы въ пользу господствующаго взгляда извѣстны; это ст. 1254, по которой „право на наслѣдство принадлежитъ наслѣдникамъ съ самой кончины владѣльца". Въ этой статьѣ видятъ прямое указаніе на то, что съ самой кончины владѣльца право пріобрѣтено наслѣдникомъ; мы же видимъ въ статьѣ лишь правило, признающее такъ-называемую Rückwirkung, обратное дѣйствіе даннаго факта; фактъ пріобрѣтенія права совершился въ такой-то моментъ, а юридически онъ разсматривается какъ совершившійся ранѣе этого момента; такъ что если наслѣдникъ пріобрѣлъ наслѣдство черезъ нѣсколько лѣтъ послѣ смерти наслѣдодателя, то онъ разсматривается какъ пріобрѣвшій его въ моментъ смерти. Такъ что ст. 1254 имѣетъ въ виду тѣ случаи, когда наслѣдство уже пріобрѣтено, и отвѣчаетъ на вопросъ, съ какого момента считать его пріобрѣтеннымъ. Но независимо отъ того, выраженіе „принадлежитъ" указываетъ и на то, что право на наслѣдство, если оно предполагается принадлежащимъ данному лицу, предполагается принадлежащимъ ему съ момента смерти наслѣдодателя. Таковъ смыслъ ст. 1254, Для пріобрѣтенія наслѣдства по нашему праву требуется активное принятіе его—посредствомъ заявленія о принятіи или конклюдентныхъ дѣйствій (ст. 1255, 1258, 1261). Еслибы принятію наслѣдства не придавалось значенія факта правопріобрѣтательнаго, то не зачѣмъ было бы говорить о немъ, во 1-хъ, какъ объ актѣ, совершеніе коего необходимо для лица неотрекающагося (ст. 1255), во 2-хъ, какъ объ условіи отвѣтственности за долги (ст. 1259) и т. д. Еслибы для пріобрѣтенія наслѣдства имѣла значеніе только смерть наслѣдодателя, то законодатель такъ и сказалъ бы, что смертью наслѣдство „пріобрѣтается", а между тѣмъ онъ прямо говоритъ, что смертью наслѣдство „открывается" только (ст. 1222); до принятія право на наслѣдство только предполагается принадлежащимъ данному лицу. И наше законодательство проводитъ различіе между наслѣдствомъ принятымъ и еще не принятымъ; отказаться можно только отъ послѣдняго, ибо оно еще не пріобрѣтено [2]); но хотя до принятія наслѣдства право на него только предполагается принадлежащимъ данному наслѣднику и онъ можетъ отъ него отречься, тѣмъ не менѣе отреченіе, какъ актъ умаляющій имущество должника, можетъ подлежать уничтоженію.

Переходимъ къ той сторонѣ занимающего насъ вопроса, которая касается общаго смысла законовъ объ опроверженіи актовъ in fraudem creditorum. На эту сторону исключительно обратилъ свое вниманіе кассаціонный департаментъ по дѣлу барона Ф. Корфа (1884 г. № 50). Поставивъ вопросъ: въ правѣ ли наслѣдникъ, неоплатность долговъ котораго въ дѣйствительности наступила, отречься отъ наслѣдства, открывшагося въ его пользу?—Сенатъ далъ отрицательный отвѣтъ. Аргументація его сводится къ тому, что ст. 1529 п. 1 имѣетъ значеніе общаго правила и касается не однихъ только

---

[1]) Мейеръ. Русск. гр. пр. стр. 663. Побѣдоносцевъ. Курсъ гр. пр. стр. 385, Любавскій. О принятіи наслѣдства въ Юридич. Моногр., т. 3, стр. 316.

[2]) Рѣш. Г. К. Д. 1880 г. № 17 по д. Скиданенко; 1878 г. № 243 по д. Гортинскихъ; 1877 г. № 24 по д. Алехина.

обязательствъ по договорамъ, ибо 1) то, что статья эта помѣщена въ IV книгѣ не можетъ служить доказательствомъ, что она не примѣнима и къ актамъ укрѣпленія имущества, и къ отреченію отъ наслѣдства; подобныхъ общихъ статей не мало въ X т.; 2) въ другихъ частяхъ свода законовъ, гдѣ рѣчь идетъ о сокрытіи и отчужденіи имущества въ ущербъ кредиторамъ, говорится о всякаго рода актахъ, совершенныхъ въ ущербъ кредиторамъ а не только о договорахъ, напр., въ ст. 1166 улож.—объ „иныхъ способахъ", въ ст. 554 у. с. торг.—о „другихъ актахъ" и т. д. Смыслъ же общаго правила, содержащагося въ ст. 1529 п. 2 есть „огражденіе кредиторовъ отъ переукрѣпленія должникомъ, во вредъ имъ, своего имѣнія"; это положеніе, въ связи съ другимъ общимъ началомъ, выраженнымъ въ ст. 1547, по которой уступка своего права во вредъ кредиторамъ недѣйствительна, заставляетъ признать, что отреченіе отъ наслѣдства въ ущербъ кредиторамъ недѣйствительно. Эта аргументація приводитъ къ желательному и совершенно вѣрному результату. Суть дѣла, однако, не въ ней, а въ томъ, что сенатъ не только установилъ право кредиторовъ опровергать отреченіе ихъ должника отъ наслѣдства, но даетъ своимъ рѣшеніемъ основаніе установить и по нашему праву всѣ вышеизложенныя условія и послѣдствія уничтоженія отреченія. Что касается условій, то сенатъ; 1) имѣетъ въ виду кредитора, добившагося исполнительнаго листа по своему требованію; 2) установилъ необходимость неоплатности долговъ, при неимѣніи другого имущества на удовлетвореніе кредиторовъ, причемъ это обстоятельство обнаружилось въ данномъ случаѣ при самомъ взысканіи; 3) ничего не говоритъ о годности объекта взысканія не потому, конечно, что допускаетъ противоположное, а потому, что это разумѣется самособой; 4) и 5) не требуетъ установленія злонамѣренности ни на сторонѣ наслѣдника, ни на сторонѣ третьяго лица, а напротивъ, ставитъ въ укоръ судебной палатѣ то, что она признаетъ условіемъ примѣненія 1529 ст. соглашеніе наслѣдника должника съ третьимъ лицомъ—сонаслѣдникомъ его—о причиненіи ущерба кредиторамъ. Наконецъ, относительно послѣдствій уничтоженія отреченія, сенатъ: 1) не указывая на необходимость возвращенія имущества въ составъ имущества должника—разумѣющагося само-собою, 2) категорически установилъ то важное положеніе, что отреченіе признается недѣйствительнымъ „лишь въ интересѣ кредиторовъ и въ размѣрѣ ихъ претензій".

Придя, такимъ образомъ; къ довольно утѣшительнымъ результатамъ, какъ съ теоретической, такъ и съ практической стороны, мы въ заключеніе всетаки не можемъ не высказать пожеланія, чтобы какъ занимавшій насъ институтъ, такъ и общій вопросъ объ опроверженіи актовъ, совершенныхъ in fraudem creditorum былъ тщательнѣйшимъ образомъ нормированъ въ будущемъ нашемъ гражданскомъ уложеніи. Желаемъ это не только въ интересахъ судебной практики, нуждающейся въ устойчивости и опредѣленности, но и въ интересахъ науки—видя воочію какое научное оживленіе вызвали въ Германіи и Австріи вышеупомянутые законы 1879 и 1884 г.

---

## V.

## Преображенское дѣло.

Такъ-называемое Преображенское дѣло, т.-е. процессъ между С.-Петербургскимъ городскимъ общественнымъ управленіемъ и военнымъ вѣдомствомъ о правѣ собственности на Преображенскій плацъ, въ свое время надѣлало не

мало шуму, какъ въ средѣ петербуржцевъ, такъ и провинціаловъ. Петербуржцы, и статскіе и военные, интересовались исходомъ этого дѣла уже въ силу того одного, что кому же изъ нихъ неизвѣстенъ громадный плацъ-парадъ у Таврическаго сада, вдругъ потерявшій своего настоящаго собственника; въ провинціи исходомъ дѣла интересовались представители городскимъ общественнымъ управленіемъ и военные, по тому, что во многихъ городахъ имѣются свои „преображенскіе плацы", относительно которыхъ тоже возбуждается сомнѣніе кому они принадлежатъ.

Началось Преображенское дѣло въ 1885 г., когда уполномоченный спб. городского управленія предъявилъ къ Преображенскому полку искъ, о признаніи за городомъ С.-Петербургомъ права собственности на Преображенскій плацъ. По обязанности тогдашней службы моей, какъ старшій помощникъ юрисконсульта военнаго министерства, я выступилъ въ защиту интересовъ полка. На поданное городомъ исковое прошеніе я написалъ отвѣтъ и на возраженіе — опроверженіе. Этимъ и ограничилось мое участіе въ дѣлѣ. Избранный на каѳедру гражданскаго права въ военно-юридической академіи, я оставилъ службу въ юрисконсульской части канцеляріи военнаго министерства и передалъ дѣло другому лицу. Окружный судъ рѣшеніемъ 7 мая 1887 г. призналъ право собственности на Преображенскій плацъ за военнымъ вѣдомствомъ. На это рѣшеніе представитель города принесъ апелляціонную жалобу. Судебная Палата рѣшеніемъ 18 октября 1888 г. признала право на плацъ за городомъ С.-Петербургомъ. На это рѣшеніе была принесена кассаціонная жалоба, но докладъ дѣла въ сенатѣ не состоялся, такъ 24 іюня 1890 г. послѣдовалъ Высочайшій указъ о прекращеніи дѣла. Указъ этотъ гласитъ:

„Съ прошлаго столѣтія во владѣніи военнаго вѣдомства, по Высочайшему пожалованію, состоятъ особыя мѣста подъ наименованіемъ Преображенскаго и Семеновскаго плацевъ, предоставленныя въ пользованіе лейбъ-гвардіи Преображенскаго и Семеновскаго полковъ. Съ 1823 года переданъ въ вѣдѣніе того же вѣдомства и плацъ Царицына Луга".

„Въ послѣднее время вопросъ о существѣ и пространствѣ правъ военнаго вѣдомства на означенныя мѣста, подвергаясь не единообразному толкованію, сталъ по отношенію къ Преображенскому плацу предметомъ исковаго дѣла, производящагося въ судебныхъ установленіяхъ. Поэтому Мы признали за благо подтвердить, что упоминаемые выше плацы, составляя государственное достояніе, должны оставаться во владѣніи военнаго вѣдомства на прежнемъ основаніи и повелѣть прекратить со всѣми послѣдствіями возбужденное въ судебныхъ установленіяхъ производство по иску о правѣ собственности на Преображенскій плацъ".

Печатая вышеупомянутыя состязательныя бумаги [1]) цѣликомъ, позволяю себѣ думать, что для цивилистовъ состязательная бумага можетъ представить не меньшій интересъ, чѣмъ для криминалистовъ защитительная рѣчь адвоката или обвинительная рѣчь прокурора.

Что касается первой отвѣтной бумаги, то въ ней я сначала въ общихъ чертахъ представилъ свои соображенія противъ притязаній города на Преображенскій плацъ; дальнѣйшее развитіе этихъ соображеній, въ связи съ полемикою съ моимъ противникомъ, представляется уже во второй бумагѣ. Въ первой бумагѣ я доказываю неосновательность притязаній города слѣдующими соображеніями.

1) Пространство земли, называемое „Преображенскимъ плацемъ", С.-Пе-

[1]) Первый сборникъ документовъ по дѣлу С.-Петербургскаго городского общественнаго управленія съ военнымъ вѣдомствомъ о Преображенскомъ плацѣ. СПБ. 1887 г.

тербургскимъ городскимъ общ[illegible]ъ никогда, ни однимъ изъ указанныхъ въ законѣ способовъ (ст. 533, 699 ч. I т. X) пріобрѣтено не было, никакихъ актовъ укрѣпленія правъ на этотъ плацъ городское общество представить не можетъ (что оно въ противномъ случаѣ, конечно, сдѣлало бы при предъявленіи иска), давностью пріобрѣсти этотъ плацъ городъ не могъ уже потому, что владѣніе въ видѣ права собственности со стороны Преображенскаго полка съ 1865 по 1875 гг. признано опредѣленіемъ окружнаго суда отъ 4 марта 1875 г., а съ 1875 г. по настоящее время ни городъ, ни полкъ не измѣнили своего отношенія къ плацу: какъ первый не касался его, такъ второй продолжалъ имъ владѣть.

2) Преображенскій плацъ какъ и вся земля, находящаяся подъ казармами лейбъ-гвардіи Преображенскаго полка искони, въ теченіе многихъ давностей, принадлежитъ на правѣ собственности полку. На это указываютъ историческія данныя. Плацъ и земля, находящаяся подъ казармами, какъ видно изъ „плана лейбъ-гвардіи Преображенскаго полка", составленнаго въ 1796 г., были заняты полковою слободою и парадными при ней мѣстами. Слобода эта вмѣстѣ съ другими, задуманная Петромъ Великимъ, была устроена Анною Іоанновною. Петръ, какъ видно изъ одного указа Екатерины I (п. с. з. т. VIII № 4981), предполагалъ возвести слободу на Московской сторонѣ отъ Литейной улицы къ концамъ, что и было выполнено при Аннѣ Іоанновнѣ (п. с. з. X № 7916 и XI № 8048). Впослѣдствіи (съ 1801 г.) слободы были замѣнены казенными казармами; такъ въ 1815 г. ихъ было выстроено до 15 (инж. арх. дѣло 1229 № 49). Содержались Преображенскія казармы на счетъ казны и какъ видно изъ указа 19 августа 1809 г., находились въ *завѣдываніи* сначала полка, а потомъ инженерной экспедиціи, такъ что вся земля, которая нынѣ находится во владѣніи полка, ни передана ему городомъ, ни находилась въ его владѣніи или завѣдываніи, а непрерывно была казенною.

3) Не имѣя ровно никакого отношенія къ землѣ, именуемой „Преображенскимъ плацомъ", со времени устройства слободы, городу не принадлежала эта земля и во время устройства слободы. Онъ не могъ имѣть право на нее потому, что при Аннѣ Іоанновнѣ за городами не признавалось право собственности на недвижимое имущество. Въ допетровскую эпоху городъ былъ мѣстомъ, заселеннымъ тягловыми людьми, которые сообразно видамъ правительства то переселялись, то снова водворялись откуда были выселены; съ Петра начинаютъ появляться проблески самоуправленія, но города, какъ автономной единицы еще нѣтъ, вся его земля была государственной. Екатерина II объявила городъ юридическимъ лицомъ. „Грамота на права и выгоды городовъ Россійской имперіи" 1785 г. признала за городами право на недвижимое имущество, но право на выгоны, улицы, площади и т. п. городъ еще не имѣлъ (п. с. з. т. XXII № 16128 ст. 2 и 3). Такъ что при Аннѣ Іоанновнѣ, т.-е. во время устройства Преображенской слободы, городъ вовсе не имѣлъ права на недвижимое имущество, не говоря уже о правѣ на улицы, площади и т. п.

4) Городовое положеніе 1870 г. нисколько не измѣнило отношеніе города Петербурга къ Преображенскому плацу. Въ силу 120 ст. этого положенія (пр. 2 къ ст. 515 ч. I т. X) улицы, площади и т. п. земли, находящіяся въ общемъ для всѣхъ пользованіи, бывшія до того государственною собственностью, обратились въ собственность городовъ (съ ограниченіемъ права отчужденія). Но это касается лишь тѣхъ частей городской земли, которыя во время введенія въ дѣйствіе положенія: а) не принадлежали ни частнымъ лицамъ, ни правительственнымъ установленіямъ и б) находились въ общемъ пользованіи (проходъ, проѣздъ) по праву, а не фактически, съ разрѣшенія собственника. Преображенскій плацъ въ 1870 г., въ виду вышеизложеннаго, какъ и со времени устройства слободы, принадлежитъ Преображенскому полку

и то обстоятельство, что онъ не былъ огороженъ, а былъ открытъ для общаго пользованія, было и есть фактъ, неимѣющій юридическаго основанія и значенія.

5) Изъ того обстоятельства, что Преображенскій полкъ обратился въ 1875 году къ суду съ просьбою признать за нимъ право собственности на плацъ въ силу давностнаго владѣнія, нельзя дѣлать того вывода, что полкъ тѣмъ какъ бы призналъ право собственности города до 1875 г. и добивался признанія перехода этого права къ нему отъ города. Обращеніе полка къ суду имѣло вовсе не то значеніе, а объясняется тѣмъ, что по одному частному дѣлу представилась необходимость имѣть актъ, удостовѣряющій право собственности полка на плацъ; безъ этого не могло быть приведено въ исполненіе Высочайшее повелѣніе отъ 8 августа 1857 года. Наконецъ

6) Независимо отъ изложенныхъ соображеній, если признать, что Преображенскій плацъ принадлежитъ къ числу земель, о которыхъ говорится въ ст. 120 Городового Положенія и слѣдовательно въ 1873 г. право собственности на него перешло къ городу, то и въ такомъ случаѣ притязанія истца не могутъ быть признаны основательными. Съ 1873 г., со дня вступленія въ силу Городового Положенія до 1885 г., до дня предъявленія городомъ иска, прошло 12 лѣтъ. Въ теченіе этого времени, какъ это и было признано судомъ относительно промежутка времени отъ 1865 года по 1875 г., Преображенскій полкъ владѣлъ плацомъ спокойно, безспорно, непрерывно и въ видѣ собственности и на основаніи 533 ст. I ч. X т. пріобрѣлъ право собственности на „Преображенскій плацъ".

Противъ этихъ доводовъ представитель города въ своемъ возраженіи изложилъ рядъ соображеній, которыя не считаю нужнымъ воспроизводить здѣсь отдѣльно: всѣ они подвергаются мною разбору во второй бумагѣ: отдѣльное ихъ изложеніе было бы ничѣмъ инымъ, какъ совершенно безполезнымъ повтореніемъ. Моя аргументація была слѣдующая:

I. Въ первомъ пунктѣ своего возраженія истецъ ставитъ три вопроса: а) пріобрѣло ли с.-петербургское городское общество право собственности на Преображенскій плацъ, б) обязано ли оно доказывать это свое право крѣпостными актами и в) примѣняются ли къ настоящему дѣлу законы о давности. Для разрѣшенія перваго вопроса истецъ обращается къ ст. 120 Гор. Полож. 1870 г., изъ которой дѣлаетъ тотъ выводъ, что если разъ участокъ земли показанъ на городскомъ планѣ площадью, то въ силу этого одного онъ принадлежитъ городу. Преображенскій плацъ на всѣхъ планахъ показанъ площадью и слѣдовательно принадлежитъ городу Петербургу. На это считаю нужнымъ возразить: 1) Городовое Положеніе вовсе не имѣло въ виду создать въ городскомъ планѣ актъ, коимъ устанавливалось бы право собственности городовъ; планъ, имѣя важное значеніе экономическое, топографическое, гигіеническое и т. п., только опредѣляетъ границы тѣхъ земель, которыя находятся въ собственности города *въ силу того или другого юридическаго основанія*. Юридическія основанія эти могутъ быть различны и различіе это вызываетъ, въ свою очередь, различіе въ объемѣ правъ на то или другое пріобрѣтенное имущество. Основанія пріобрѣтенія городами недвижимой собственности въ настоящее время двоякаго рода: частныя и государственныя. Въ силу первыхъ городъ можетъ пріобрѣтать имущество покупкою, даромъ, завѣщаніемъ и т. п. Факты купли, дара, завѣщанія и т. п. суть тѣ основанія, на которыя городъ можетъ ссылаться въ случаѣ оспариванія кѣмъ-либо его правъ; но какъ бы несомнѣнны эти факты ни были, вопросъ о пространствѣ и мѣстѣ нахожденія даннаго пріобрѣтеннаго участка, еще не выясняется—для этой цѣли служитъ планъ: онъ показываетъ границы участка. Основанія второго рода — государственныя. Ниже будетъ показано, что Город. Полож. 1870 г. *произвело переворотъ въ городскомъ землевладѣніи въ томъ смыслѣ, что лишь со*

*времени его введенія городъ пріобрѣлъ право собственности на площади*; юридическимъ основаніемъ пріобрѣтенія этого права является предоставленіе государствомъ городу тѣхъ земель, которыя, принадлежа государству, были землями общаго права пользованія. Для того, чтобы при спорѣ признать право города на эти земли *надо сослаться на предоставленіе этихъ земель государствомъ городу*, т.-е., указывая на 120 ст. Город. Положенія, доказать, что *данный участокъ земли подходитъ подъ категорію тѣхъ земель, о которыхъ идетъ рѣчь въ 120 ст.* Планъ же и тутъ имѣетъ опредѣленное назначеніе: онъ указываетъ границу этихъ земель. Если же требуемыхъ 120 ст. признаковъ, или условій нѣтъ на лицо, то и ст. 120 не можетъ быть примѣнена, какъ основаніе права города, и планъ самъ по себѣ никакого значенія имѣть не можетъ, чтобы на немъ ни было обозначено. 2) Празнавать *городской* планъ актомъ удостовѣряющимъ права *города* значитъ признавать право лица, будь оно лицо физическое или юридическое, создавать для самого себя акты, удостовѣряющіе его собственное право, что противорѣчитъ общему принципу scriptura pro scribente nihil probat. Планъ города есть актъ, составляемый по опредѣленію Думы (ст. 113 Гор. Полож.), т.-е. органа городского самоуправленія; никакихъ правъ города онъ доказывать не можетъ. То обстоятельство, что онъ утверждается губернаторомъ или Высочайшею властью, не придаетъ ему значенія акта, удостовѣряющаго право, а лишь обращаетъ его изъ акта, неимѣющаго никакого значенія, въ актъ, опредѣляющій границы городскихъ земель; утвержденіе — одно изъ условій дѣйствительности его, какъ опредѣлителя границы. 3) Планъ, какъ опредѣлитель границъ, имѣетъ весьма важное значеніе для городского управленія и для правительственной власти; на немъ означаются участки земель, къ которымъ городъ становится въ то или другое отношеніе: *земли общаго права пользованія* (*площади, улицы и т. п.*), земли, коими онъ пользуется натурою (подъ городскими строеніями), или которыя являются доходными его статьями; на различныя земли городъ имѣетъ и различныя права; не только городскому управленію надо знать границы этихъ земель, но и правительственнымъ органамъ, надзирающимъ за городскимъ управленіемъ (напр., при выдачѣ, на основаніи ст. 122 Гор. Полож. разрѣшенія на отдачу земель въ пользованіе). По разнымъ соображеніямъ, напримѣръ санитарнымъ, можетъ представиться необходимость обратить землю, принадлежащую городу на полномъ правѣ собственности, въ землю общаго пользованія, или наоборотъ. Во всѣхъ этихъ случахъ безъ плана обойтись невозможно. 4) Приведенный истцемъ циркуляръ министра внутреннихъ дѣлъ отъ 1865 года (безъ числа и нумера), насколько онъ касается городскихъ плановъ (другія же части его будутъ разсмотрѣны ниже), покоится на совершенно неправильномъ основаніи. Соглашаясь съ тѣмъ, что планъ не можетъ служить опредѣлителемъ права собственности частныхъ лицъ и постороннихъ вѣдомствъ, едвали можно признать таковое его значеніе для города по тому будтобы соображенію, что по 40 ст. уст. городск. хоз., всѣ участки земли, какъ въ чертѣ города, такъ и внѣ ея, составляютъ принадлежность города, за исключеніемъ тѣхъ участковъ, которые уступлены въ частное временное пользованіе на основаніи установленныхъ документовъ. Противъ этого соображенія слѣдуетъ возразить: а) ст. 40 уст. гор. хоз. только признала городъ собственникомъ тѣхъ земель, которыя ему принадлежали во время изданія этого закона, а именно: правъ на земли, луга, поля, пустопорожнія мѣста и т. п.; дѣлать изъ этой статьи какіе-либо другіе выводы невозможно; б) по мнѣнію министерства внутреннихъ дѣлъ выходитъ, что весь городъ состоитъ или изъ земель принадлежащихъ ему на правѣ собственности, или перешедшихъ отъ него въ пользованіе къ другимъ лицамъ. Частная собственность въ городахъ гораздо старѣе городской собственности и по сейчасъ стоитъ рядомъ съ послѣднею и произошла

отнюдь не путемъ перехода отъ города и в) въ циркулярѣ замѣчается крупная юридическая ошибка: въ немъ сказано, что всѣ земли въ чертѣ города, или внѣ его, составляютъ его принадлежность, за исключеніемъ земель, отданныхъ имъ въ пользованіе. Земли, отданныя городомъ въ пользованіе, вѣдь остаются его принадлежностью, т.-е. его собственностью; къ другимъ лицамъ вѣдь переходитъ лишь пользованіе. Если понимать эту терминологію циркуляра въ буквальномъ смыслѣ, то придется отрицать всякую частную собственность въ чертѣ города и внѣ его. 5) Приведенное истцомъ рѣшеніе кассац. департ. сената 1883 г. № 33, по дѣлу г. С.-Петербурга съ главнымъ инженернымъ управленіемъ, не только не подтверждаетъ взгляда истца на значеніе плановъ, но скорѣе опровергаетъ его. Сенатъ призналъ, что земли общаго права пользованія перешли *современи введенія въ дѣйствіе* Город. Полож. 1870 г., въ собственность городовъ; видя въ этомъ юридическое основаніе правъ городовъ, а не въ планѣ, сенатъ призналъ, что съѣздъ долженъ былъ обсудить всѣ доводы города въ совокупности съ указаніями на планахъ, Высочайше утвержденныхъ, планѣ инженернаго управленія, показанія свидѣтелей и т. п., для опредѣленія свойства владѣнія. Если бы сенатъ придавалъ городскому плану значеніе акта, устанавливающаго право, то въ доводахъ сторонъ и въ свидѣтеляхъ не было бы и надобности и свойство владѣнія не представляло бы никакого интереса. Какъ, напримѣръ, при опредѣленіи правъ по крѣпостному акту (устанавливающему право), свойство владѣнія не имѣетъ никакого значенія, такъ и въ данномъ случаѣ; если бы сенатъ придавалъ плану такое же значеніе, какъ всякому акту, устанавливающему право, то опредѣленію свойства владѣнія онъ не придавалъ бы никакого значенія. 6) Самъ истецъ даетъ совершенно вѣрную характеристику планамъ, хотя и Высочайше утвержденнымъ, но составленнымъ не городами, а напр., военнымъ вѣдомствомъ. По его мнѣнію планы эти не могутъ установить какія-либо права. Оставляя пока въ сторонѣ вопросъ о томъ, составлены ли тѣ планы, о которыхъ я говорю въ отвѣтѣ и о которыхъ истецъ говоритъ въ возраженіи, военнымъ вѣдомствомъ, замѣчу, что планъ, составленный этимъ вѣдомствомъ, „на предметъ общаго расположенія казармъ и на постройку нѣкоторыхъ при казармахъ службъ", имѣетъ совершенно одинаковое значеніе съ планомъ, составленнымъ городомъ. Ни тотъ, ни другой никакихъ правъ не установляютъ, — они лишь опредѣляютъ границы земель. Недаромъ планы города С.-Петербурга иногда оффиціально называются и планами „урегулированія мѣстности".

Въ виду вышеизложеннаго планъ не можетъ быть разсматриваемъ какъ актъ, устанавливающій право собственности города—онъ актъ, опредѣляющій границы земель, пріобрѣтенныхъ городомъ.

Затѣмъ, истецъ изъ утверждаемаго имъ положенія дѣлаетъ два вывода: 1) право военнаго вѣдомства могло возникнуть лишь по особому акту его съ городомъ и 2)—это второй (б) вопросъ имъ поставленный—городъ не обязанъ и не можетъ подтверждать свое право на площадь особыми крѣпостными актами. Оба эти выводы логически совершенно вѣрны, но положеніе, изъ коего они сдѣланы, неправильно, не доказано, а именно то положеніе, что городъ собственникъ плаца показаннаго на планѣ. Это-то положеніе и сомнительно и должно быть еще доказано.

Третій вопросъ (в) будетъ разсмотрѣнъ ниже, пока-же укажу, что въ отвѣтѣ моемъ, исходя изъ того, что плацъ принадлежитъ полку, я говорю, что городъ не пріобрѣлъ плаца и по давности, ибо полкъ владѣлъ плацемъ на правѣ собственности, какъ это и признано рѣшеніемъ окружнаго суда 4 марта 1875 года. Слѣдовательно, въ этомъ пунктѣ отвѣта главное положеніе то, что „городъ не пріобрѣлъ плаца и по давности"; въ отвѣтъ же на это истецъ, въ своемъ возраженіи, говоритъ, что „полкъ не пріобрѣлъ плаца

по давности". Это другой вопросъ, къ которому и истецъ впослѣдствіи снова возвращается и къ которому и я ниже обращусь—тамъ-же я разсмотрю соображенія истца о давности, изложенныя въ этомъ пунктѣ.

II. Второй пунктъ возраженія посвященъ главнымъ образомъ опроверженію моихъ историческихъ доводовъ. Всѣ доводы истца дословная выписка изъ рапорта министра внутреннихъ дѣлъ отъ 6 декабря 1885 года, за № 8121 по дѣлу *Рухтуевой* и *Косицкой*. Прежде всего, не совсѣмъ понятно, почему изъ того обстоятельства, что въ узаконеніяхъ мною въ отвѣтѣ приведенныхъ и не упоминающихъ о преображенскомъ плацѣ *очевидно*, что я смѣшивалъ спорное въ настоящемъ дѣлѣ имущество съ казармами и землями подъ ними. Противъ этого замѣчу: 1) преображенскій плацъ есть участокъ земли, лежащей въ чертѣ *города* С.-Петербурга, а потому и узаконенія, касающіяся вообще городовъ, могутъ быть примѣнены и къ нему; 2) изъ узаконеній мною приведенныхъ, нѣкоторыя касаются спеціально преображенскаго плаца напр. п. с. з. т. X. № 7936 и 3) какъ будетъ показано ниже, Преображенскій плацъ есть часть того участка, который былъ отведенъ полку и на которомъ нынѣ возведены казармы. Оставляя въ сторонѣ эти соображенія, перехожу къ исторической аргументаціи. Первый законодательный актъ, въ которомъ упоминается о городскомъ землевладѣніи, есть уложеніе 1649 г.; въ немъ (глав. XIX ст. 6, 7, 10) идетъ рѣчь о городскихъ выгонахъ, какъ о „государевой землѣ"; право пользованія ими было предоставлено отдѣльнымъ гражданамъ, а не городу, какъ юридическому лицу, каковымъ онъ въ XVII ст. еще не былъ. До послѣдняго года XVII ст. мы не находимъ въ законахъ указанія на какія-либо земли, находящіяся во владѣніи города. Лишь въ 1699 г. учреждается въ Москвѣ бурмистерская палата, и въ губерніяхъ земскія избы (п. с. з. № 1674, 1675), причемъ на обязанность бургомистровъ было возложено „отдавать всякія статьи въ оброкъ съ торгу" (п. с. з. № 1846, 1853, 2059 2165); между этими „статьями" были, несомнѣнно, и земли. Но, спрашивается, можно ли земли эти считась городскою собственностью? На это авторитетный ученый въ вопросахъ городского самоуправленія, профессоръ *Дитятинъ*, категорически отвѣчаетъ отрицательно. „Земскіе бургомистры, говоритъ онъ, являлись и по отношенію къ праву отдавать статьи въ оброкъ съ торгу представителями не сословно-городской общины, а государственной власти и отдавали на откупъ оброчныя статьи не отъ лица общины, не пользовавшейся еще въ то время правомъ собственности, (а лишь ограниченнымъ правомъ владѣнія) надъ городскими землями и угодьями и неимѣвшей своей казны, своихъ капиталовъ; деньги съ откуповъ, или отдача оброчныхъ статей поступали или въ государственную же кассу приказа большого дворца, или расходовались лишь по указу его Великаго Государя. Иначе и быть не могло; всѣ подати и налоги были государственными, по своему назначенію, податями и налогами, шедшими на удовлетвореніе нуждъ и потребностей государства, а не данной общины. (Устройство и управленіе городовъ Россіи 1875 г. стр. 155). Затѣмъ при Петрѣ о городской собственности не могло быть и рѣчи; городъ не былъ юридическимъ лицомъ, могущимъ что либо пріобрѣтать въ собственность. Во все время дѣйствія регламента мы видимъ крайнюю централизацію городского управленія, какъ дѣятельности органовъ правительственной власти; замѣчались лишь нѣкоторые проблески самоуправленія, напримѣръ въ видѣ учрежденія цеховъ и т. п. Собственникомъ земель было государство. Такъ, изъ временъ Анны Іоанновны имѣется указъ (1732 г.), въ которомъ Императрица соглашается на просьбу тульскихъ купцовъ, т.-е. того купечества, изъ котораго слагался тогдашній городъ, выстроить казармы и говоритъ: „для того отвести имъ свободныя мѣста гдѣ пристойно" (п. с. з. № 6095). Если бы земля принадлежала городу, то не зачѣмъ было приказывать „отвести" ее городу же на постройку казармъ; Императрица разрѣшила

бы построить казармы, а землю, если бы она была городская, городъ самъ бы отвелъ. Въ законодательствѣ Екатерины II не разъ упоминается о городскомъ землевладѣніи; такъ въ инструкціи межевщикамъ 13 мая 1754 г. говорится о межеваніи отведенныхъ городамъ выгоновъ (п. с. з. № 16273). Затѣмъ, въ указѣ 13 мая 1766 г. съ полною рельефностью выступаетъ тотъ взглядъ, что городъ своихъ земель не имѣетъ, что государство распоряжалось землями, никѣмъ не занятыми. Въ указѣ этомъ повелѣно: „лейбъ-гвардіи полкамъ, вмѣсто нынѣшнихъ деревянныхъ, построить каменные дома, оставшіяся затѣмъ построеніемъ мѣста поровнять въ обывательскія и раздавать отъ полиціи желающимъ (п. с. з. № 12645). Могла ли бы Государыня говорить объ уравненіи въ обывательскія и о раздачѣ, если бы земля, по ея мнѣнію, принадлежала не ей, а городу? Если земля эта была городскою, то не зачѣмъ было говорить о даровой раздачѣ. Если допустить, какъ это дѣлаетъ истецъ, что правительство въ давнее время застраивало казармами *городскія* земли, независимо отъ городского управленія, то какъ же себѣ объяснить, что оно раздавало эту же городскую землю даромъ желающимъ. Застройку якобы городской земли казармами можно себѣ еще объяснить государственными соображеніями, но какъ же себѣ объяснить даровую раздачу ихъ, да еще не городомъ, а полиціею. Но потребность въ городской собственности рано или поздно должна была сказаться и требовать удовлетворенія. И вотъ Екатерина II впервые признаетъ за городомъ, сначала въ смыслѣ „купечества", а потомъ въ смыслѣ городского общества, право собственности на *покупныя* земли" не на имя каждаго особо, „а всему городу"; право это признано инструкціей межевымъ губернскимъ канцеляріямъ 25 мая 1766 г. Жалованная грамота 1785 г. расширила кругъ земель, которыя признаны за городомъ, какъ общественная собственность—такъ городу подтверждаются правильно принадлежащія по межевой инструкціи, или „инако законно", земли, сады и т. п. (п. с. з. № 16188). Слово „*подтверждаются*" здѣсь имѣетъ двоякое значеніе, смотря потому идетъ или рѣчь о земляхъ, принадлежащихъ по межевой инструкціи, или „инако законно": 1) по отношенію къ землямъ „покупнымъ" и отмежованнымъ по инструкціи: разъ право на эти земли признано за городомъ инструкціею 1766 г., т.-е. актомъ, имѣющимъ общее значеніе, оставалось лишь „подтвердить" это право въ грамотѣ, въ этомъ „единомъ положеніи о городахъ", въ актѣ спеціально относящемся до городовъ; 2) по отношенію къ землямъ, принадлежащимъ городу „инако законно" „подтверждаются" имѣетъ значеніе санкціи совершившагося факта; коль скоро разъ городу инструкціею 1766 г. было дозволено покупать земли, то есть основаніе думать, что онъ за девятнадцать лѣтъ со времени изданія инструкціи, до изданія грамоты 1785 г., пріобрѣталъ земли и инымъ законнымъ путемъ, напримѣръ даромъ, завѣщаніемъ, мѣною и т. п. Эти то факты и обращены грамотою въ право, путемъ позднѣйшаго подтвержденія (ratihabilio). Городъ могъ устроить тѣ или другія заведенія „на покупной" землѣ, какъ видно изъ указа 27 января 1787 года; это вполнѣ согласно съ инструкціей 1766 г. Не такъ смотритъ на грамоту 1785 г. министерство внутреннихъ дѣлъ, а за нимъ и истецъ. По ихъ мнѣнію, задолго до грамоты, города „владѣли недвижимою собственностью", т.-е. признавались собственниками недвижимыхъ имуществъ. Городамъ, говоритъ истецъ, отводились земли отъ казны по уложенію 1649 г., инструкціи межевщикамъ 1754 г., межевой инструкціи 1766 г.— Грамота 1785 г. лишь подтвердила ранѣе принадлежавшія городу права на земли. Послѣ сказаннаго очевидна вся неправильность этихъ соображеній. Грамота 1785 г. создала городскую недвижимую собственность, какъ новое юридическое явленіе. Спрашивается, на какіе предметы простиралось право собственности городовъ по грамотѣ? Въ грамотѣ сказано „городамъ подтверждаются земли, сады, поля, пастбища, луга, пустопорожнія мѣста" и т. п.

Истецъ въ своемъ возраженіи подчеркиваетъ почему-то слово земли. Но если сопоставить это удареніе на слово земли, съ тѣмъ взглядомъ истца, что всѣ земли, означенныя на планѣ и ранѣе 1870 г. (съ какого времени—онъ не говоритъ) были городскими, то надо думать, что истецъ разумѣетъ тутъ подъ землями, земли общаго пользованія. Мнѣніе не имѣющее основанія. Земельные участки, пріобрѣтенные городами, въ виду вышеизложеннаго, въ силу того или другого частнаго основанія, пріобрѣтались ими для опредѣленной цѣли, имѣли опредѣленное назначеніе. Назначеніе полей, луговъ, пастбищъ, садовъ ясно изъ самыхъ названій, что же касается „земель" и „пустопорожнихъ мѣстъ", то первыя были участки застроенные и отданные въ наемъ подъ огороды и т. п.; вторые—участки, отводимые подъ свалку нечистотъ и т. п. Въ грамотѣ нѣтъ и намековъ на городскія площади, улицы, проѣзды и т. п. земли. Ни одного случая признанія за городомъ права собственности на землю по государственному основанію неизвѣстно. Государство признавало лишь это право, коль скоро оно покоилось на частномъ основаніи; оно признавало и право пользованія выгонами; всѣ остальныя земли, кромѣ земель частныхъ лицъ и казны, были полною общегосударственною собственностью, какъ никому въ частности не принадлежащія. Въ такомъ положеніи находилось городское землевладѣніе и въ послѣдующее время. Въ сводъ законовъ цѣликомъ были внесены ст. 2 грамоты 1787 г.—это ст. уст. гор. хоз. И тутъ она сохранила вполнѣ ясный смыслъ: за городомъ признаются земли ему принадлежащія, иначе: признается его правоспособность. Съ изданія Гор. Пол. 1870, положеніе вещей измѣнилось—государство передало городамъ въ собственность, свои, не пріуроченныя къ тому или другому вѣдомству (казенныя) земли общаго пользованія—кругъ городского землевладѣнія расширился къ нему прибавилась новая форма.

Изъ этого историческаго очерка городского землевладѣнія видно, что городу до Гор. Пол. 1870 г. принадлежали лишь тѣ земли, на которыя онъ имѣлъ законные акты пріобрѣтенія и слѣдовательно, если данный участокъ не принадлежалъ ни казенному вѣдомству, ни частному лицу, то онъ отнюдь не могъ быть признанъ принадлежащимъ городу. Отсюда дальнѣйшій выводъ: если, напримѣръ, казна заняла въ городѣ данный участокъ подъ постройку, то это не даетъ основанія признать, что участокъ былъ „отведенъ" казнѣ городомъ и слѣдовательно, въ случаѣ минованія въ немъ надобности, могъ быть возвращенъ городу, какъ его собственность. Подобный возвратъ могъ бы быть допущенъ въ тѣхъ случаяхъ, когда городъ докажетъ свое право собственности на участокъ, отведенный имъ казнѣ въ пользованіе.

Истецъ говоритъ, что издавна города отводили казнѣ свои земли. Допускаю возможность подобныхъ случаевъ послѣ 1766 года. Но ставлю рядъ ограничительныхъ условій, а именно: чтобы земли принадлежали городу по актамъ укрѣпленія или, по крайней мѣрѣ, чтобы они по актамъ-же, содержащимъ прямое указаніе на то, что городъ отводитъ *свои* земли казнѣ, перешли въ пользованіе казны и, слѣдовательно, сама казна признавала право собственности города. Внѣ этихъ условій нѣтъ „отвода". Эти положенія являются выводами изъ того, что у города не было своихъ земель, непріобрѣтенныхъ по актамъ. Истецъ-же разсуждаетъ совсѣмъ наоборотъ. Изъ того, для него несомнѣннаго, факта, что города отводили земли казнѣ, онъ дѣлаетъ выводъ, что были городскія земли. Я не отрицаю того, что были земли, но весь вопросъ въ томъ, какія это были земли — земли пріобрѣтенныя по актамъ, или и земли, никому въ частности не принадлежащія. Тѣ факты, на которыя ссылается истецъ, не разрѣшаютъ этого вопроса, изъ нихъ лишь видно, что города отводили какія-то земли казнѣ, а потому, по минованіи въ нихъ надобности, получали ихъ обратно. Съ другой стороны, было-бы совершенно невѣрно выводить изъ этихъ фактовъ то положеніе, что земля, остав-

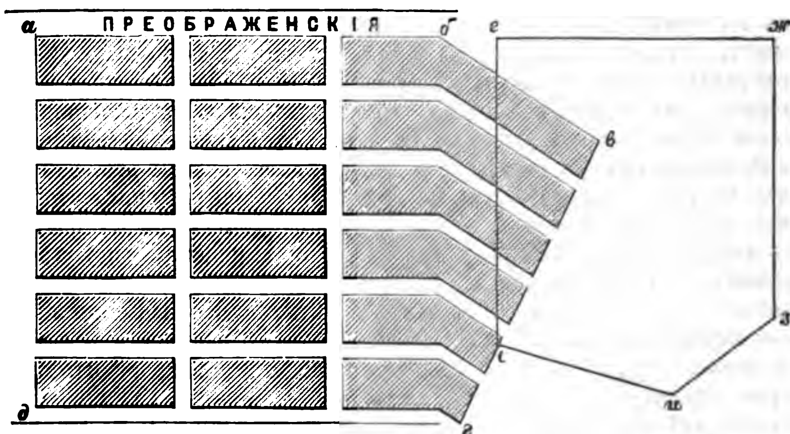
ленная казною послѣ временнаго пользованія, есть земля городская и что если казна пользовалась землею въ городѣ и затѣмъ перестала пользоваться, земля должна переходить къ городу. Факты эти суть: 1) Уже извѣстный изъ вышеизложеннаго циркуляра министра внутреннихъ дѣлъ 1865 г. смыслъ котораго тотъ, что если городъ *отвелъ* казнѣ свою землю и у казны нѣтъ акта на право на эту землю, то земля, по миновании въ ней надобности, возвращается городу. 2) Высочайше утвержденное положеніе военнаго совѣта 18 мая 1874 г. коимъ признано, что огороды, остающіеся свободными за ненадобностью для войска, возвращаются тому *вѣдомству, которому они принадлежатъ*. 3) Фактъ возвращенія въ 1877 году городу Москвѣ 1-ю гренадерскою дивизіею *отведенныхъ* изъ городскихъ земель огородовъ. Есть основаніе думать, что во всѣхъ этихъ случаяхъ предполагается отводъ городомъ *своихъ*, т.-е. имъ пріобрѣтенныхъ земель—они то и возвращаются. Иначе конечно и быть не можетъ, если только земли эти дѣйствительно были городскими. Въ первомъ и третьемъ случаяхъ говорится о земляхъ только отведенныхъ, но неизвѣстно какія это земли; во второмъ—о необходимости возврата тѣхъ земель, которыя были взяты на время въ пользованіе—и тоже неизвѣстно, какія это земли. Въ частности относительно Высочайше утвержденнаго положенія военнаго совѣта 18 мая 1874 г. надо замѣтить, что военный совѣтъ прямо заявляетъ, что общій вопросъ объ огородахъ не можетъ быть разрѣшенъ однообразно для всѣхъ войскъ, а предоставляется рѣшить ближайшему начальству въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ, оставить-ли огороды за войскомъ или передать *тому вѣдомству, которому они принадлежатъ*. Здѣсь вопросъ о правѣ на огороды задѣтъ какъ-бы мимоходомъ, и вовсе не рѣшается военнымъ совѣтомъ общимъ образомъ. Наконецъ, считаю нужнымъ заявить, что 1) истецъ не представилъ хотя бы копію съ циркуляра министра внутреннихъ дѣлъ 1865 г. (ни число, ни нумеръ неизвѣстны) и 2) фактъ передачи въ 1877 г. огородовъ 1-ю гренадерскою дивизіею городу Москвѣ ничѣмъ не подтвержденъ, такъ что неизвѣстно о какихъ земляхъ тутъ идетъ рѣчь.

Я не стану входить въ подробное обсужденіе заявленія истца, что казармы, а слѣдовательно и земля подъ ними, принадлежатъ городу. Вышеизложенныя соображенія, приведшія къ тому, что городскою землею въ періодъ времени отъ 1766 г. до 1870 была лишь земля, пріобрѣтенная городомъ по актамъ укрѣпленія и, слѣдовательно, только та земля подъ казармами находящаяся принадлежитъ городу, которая подходитъ подъ указанную категорію. При этомъ же условіи и казармы, если онѣ выстроены городомъ, принадлежатъ ему. Еслибы истецъ могъ доказать, что казармы строились и содержались на счетъ города, то ему осталось бы еще доказать, что и земля подъ казармами была городская; при этомъ условіи оставалось бы лишь согласиться, что военное вѣдомство никакихъ правъ ни на казармы, ни на землю не имѣетъ. Но ему не удалось доказать правъ города на землю, ибо у него нѣтъ актовъ укрѣпленія; неудалось ему доказать и факта построенія и содержанія казармъ городомъ. Казармы, говоритъ истецъ, въ Петербургѣ строились на сумму поземельнаго сбора. Что это за сборъ? Сборъ этотъ былъ налогомъ, платимымъ государству на его надобности; возникъ онъ вслѣдствіе переложенія натуральной постойной повинности на денежную. Кто былъ собственникомъ денегъ, получаемыхъ путемъ этого сбора? Несомнѣнно государство. То обстоятельство, что часть этого сбора въ Москвѣ, какъ видно изъ Высочайше утвержденнаго доклада 1800 г., шла на другія городскія надобности, ничего не доказываетъ. Вѣдь требовалось же Высочайшее разрѣшеніе на такую перемѣну назначенія этого сбора,—на то была воля Государя Императора. Та-же воля, въ указахъ 1802, 1820 и 1822 гг. рѣшила и дальнѣйшую судьбу суммъ этого сбора; передача части этого сбора городу еще не указываетъ на то, что суммы эти принадлежали городу. Затѣмъ, изъ указа 1803 г. лишь видно, что Государь

желалъ возможно экономнаго устройства казармъ и говоритъ о „возможномъ сбереженіи городскихъ издержекъ“ не въ томъ смыслѣ, чтобы касса городская была сбережена, а чтобы сумма, образовавшаяся изъ платежей горожанъ, была сбережена, дабы не пришлось увеличить размѣръ платимаго отдѣльнымъ горожаниномъ сбора. Упоминаемое въ указѣ 19 января 1802 г. выраженіе, что казармы „возведены на счетъ города“ не значитъ вовсе, что сумма, на которую онѣ возведены, принадлежитъ городу, и тутъ „счетъ города“ разумѣется въсмыслѣ денегъ, уплаченныхъ горожанами; это видно изъ мотива этой части указа: запрещеніе постоя натурою; могли быть случаи, когда солдаты, не смотря на выстроенныя казармы, требовали отъ горожанъ, а не отъ города, отвода квартиръ; правительство въ виду нарушенія правъ горожанъ, платящихъ сборъ, объявило постой „своевольнымъ налогомъ“. Что касается содержанія петербургскихъ казармъ, то истецъ видитъ въ исторіи его три періода: отъ 1820 до 1824 гг., отъ 1824 до 1874 гг. и отъ 1874 г. до настоящаго времени. Въ первомъ періодѣ казармы содержались на счетъ города, во второмъ—городъ уплачивалъ ежегодно извѣстную сумму военному вѣдомству, въ третьемъ—содержаніе лежало исключительно на военномъ вѣдомствѣ. Прежде всего, надо замѣтить, что между первымъ и вторымъ періодами юридическаго различія нѣтъ въ томъ смыслѣ, что и въ первомъ городъ уплачивалъ опредѣленную сумму, которая шла на содержаніе казармъ; затѣмъ, до 1874 года городъ уплачивалъ казнѣ извѣстную подать, которая употреблялась на содержаніе казармъ, хотя размѣръ этой подати соразмѣрялся съ назначеніемъ ея; но это не измѣняло значенія ея какъ подати. Если городъ платитъ извѣстную сумму казнѣ напримѣръ на содержаніе казармъ, значитъ-ли это, что казармы содержались на счетъ города? Отнюдь нѣтъ—это значитъ лишь, что казармы содержались на счетъ казны, которая получала деньги на покрытіе этого расхода съ города. Хотя, въ виду изложеннаго возраженія истца противъ моего заявленія, что преображенскія казармы возведены и содержались казною и неосновательно, но я считаю нужнымъ замѣтить, что я вовсе не придаю вопросу о возведеніи или содержаніи казармъ такого значенія, какъ думаетъ истецъ, сдѣлавшій столь большое извлеченіе по этому вопросу изъ упомянутаго рапорта министра внутреннихъ дѣлъ.

Вотъ тѣ замѣчанія, которыя могутъ быть сдѣланы противъ историческихъ соображеній истца. Послѣ вышеизложеннаго едва-ли можно признать ихъ правильными. Въ подтвержденіе-же права преображенскаго полка на плацъ считаю нужнымъ указать, въ дальнѣйшее подтвержденіе сказаннаго въ моемъ отвѣтѣ, на нѣкоторыя историческія данныя. Выше въ историческомъ очеркѣ городского землевладѣнія, я старался доказать, что за городомъ впервые было признано право собственности на недвижимое имущество въ инструкціи меж. губ. канц. 1766 г. Слѣдовательно, въ царствованіи Анны Іоанновны этого права еще не признавалось: всѣ земли, никому въ частности не принадлежавшія, были собственностью государства. Въ это то время, какъ я имѣлъ честь заявить въ отвѣтѣ, Преображенскому полку было отведено то мѣсто, въ составъ котораго входитъ такъ называемый Преображенскій плацъ. Истецъ неоднократно заявляетъ, что войскамъ земли были даны въ пользованіе. Конечно, если исходить изъ того, что городъ былъ собственникомъ этихъ земель и что правительство распоряжалось ими совершенно независимо отъ городского управленія, то можно допустить, что земли эти, и слѣдовательно Преображенскій плацъ, были отводимы полкамъ въ пользованіе; но вѣдь земли были тогда не городскими, а государственными, а потому предназначеніе ихъ для того или другого вѣдомства не было отводомъ чужой земли, а было актомъ распоряженія самаго собственника-государства; предоставленіе же государствомъ даннаго участка земли въ пользованіе тому или другому вѣдомству есть нечто иное, какъ предоставленіе этому вѣдомству осуще-

ствленія права государства, въ качествѣ его представителя, органа — это есть нечто иное какъ передача даннаго участка въ вѣдѣніе даннаго учрежденія. Такъ и Преображенскій плацъ при Аннѣ Іоанновнѣ былъ переданъ въ *вѣдѣніе* преображенскаго полка. Произошло это слѣдующимъ образомъ. Какъ извѣстно, Императрица осуществила мысль о слободскомъ размѣщеніи войскъ и указомъ 12 декабря 1739 года повелѣла: *оныя слободы построить преображенскому полку позади литейнаго двора* (п. с. з. № 7966). Въ силу этого указа вся казенная земля позади литейнаго двора поступила въ вѣдѣніе полка. При исполненіи его пришлось даже снести обывательскія строенія, самовольно возведенныя на землѣ, какъ видно изъ всеподданнѣйшаго доношенія собранія штабовъ гвардіи 15 декабря 1739 г. (хранится оно въ архивѣ семеновскаго полка, въ книгѣ разныхъ входящихъ бумагъ 1740 г. № 1). Лѣсъ на постройку слободы доставлялся подрядчикомъ, а дома строились солдатами (указъ 12 декабря 1739 г.). Мѣсто расположенія слободы видно изъ прилагаемаго генеральнаго плана г. С.-Петербурга, составленнаго въ царствованіе Императрицы Елизаветы Петровны [1]). На этомъ




планѣ показаны „преображенскія свѣтлицы", заканчивающіяся съ восточной стороны пятиугольникомъ *а б в г д*; къ сторонамъ *б в г* этого пятиугольника прилегаетъ незастроенное мѣсто; часть этого мѣста и мѣсто подъ свѣтлицами *б в і* занято нынѣ Преображенскимъ плацемъ *е ж з и і*. Найти мѣсто его на планѣ не трудно. Надо отыскать уголъ Кирочной улицы и Воскресенскаго проспекта. На новомъ планѣ г. С.-Петербурга Воскресенскій проспектъ есть первая (къ востоку) изъ улицъ, параллельныхъ Литейному проспекту и доходящихъ до Невы; отстоитъ она отъ Литейнаго на 245 саж., а Кирочная отстоитъ отъ Невы по Воскресенскому на 294 саж. Съ найденнаго угла, до начала преображенскаго плаца, по Кирочной 300 саж. Обращаясь къ старому плану находимъ на немъ литейную перспективу, а первая (къ востоку на 245 саж.) параллельная ей улица, доходящая до Невы (на планѣ безъ названія) есть Воскресенскій проспектъ; отмѣривъ отъ Невы по этому проспекту 224 с., доходимъ до угла; „Преображенская" — это 5-я отъ Невы, параллельная Сергіевской улицѣ, и есть Кирочная. Отмѣривъ отъ угла 300 саж. по

[1]) На этомъ же планѣ между 1 и 2 береговыми улицами показанъ литейный дворъ упоминаемый въ указѣ 12 декабря 1739 г.

Кирочной, доходимъ до начала Преображенскаго плаца, а затѣмъ, продолживъ линію еще на 176 саж., получаемъ основаніе патиугольника, образуемаго нынѣ Преображенскимъ плацемъ. Найдя это основаніе, не трудно нанести и остальныя 4 стороны. Таково несомнѣнно мѣсто нахожденія Преображенскаго плаца. Мѣсто это на планѣ 1796 г. даже названо (Р) „народнымъ мѣстомъ", такъ что, очевидно, и въ прошломъ столѣтіи плацъ имѣлъ для Преображенскаго полка тоже самое назначеніе, какъ и нынѣ. Постройка каменныхъ казармъ при Александрѣ I не измѣнила его назначенія: зданія построены по парадной улицѣ и обращены лицомъ на площадь.—Есть однако указъ Екатерины II, который съ перваго взгляда указываетъ на то, что земля подъ Преображенскою слободою и плацемъ перешла въ частныя руки. Это вышеупомянутый указъ 13 мая 1766 г., которымъ повелѣно: лейбъ-гвардіи полкамъ вмѣсто нынѣшнихъ деревянныхъ построить каменные дома, оставшіяся-же затѣмъ построеніемъ мѣста поровнять въ обывательскія и раздавать отъ полиціи желающимъ. Указъ этотъ не можетъ быть понимаемъ въ томъ смыслѣ, что государство отказывается отъ упомянутыхъ „мѣстъ" безусловно: будутъ-ли они заняты обывателями или нѣтъ. Смыслъ его тотъ, что государство дозволяетъ раздавать эти земли и слѣдовательно заранѣе переноситъ свое право собственности на лицъ, воспользовавшихся раздачею; тѣ-же участки, которые не были розданы, остались государственною собственностью. Къ такимъ оставшимся за государствомъ „мѣстамъ" принадлежитъ и Преображенскій плацъ —онъ по сейчасъ не застроенъ и слѣдовательно остался собственностью государства. Не лишено значенія и то обстоятельство, что указъ этотъ остался почти неисполненнымъ (см. Ляпидевскаго—Истор. казар. помѣщенія войскъ въ Россіи въ Инженер. журн. 1881 г. кн. 4). Относительно Преображенскаго плаца это не можетъ подлежать сомнѣнію, ибо 1) на планѣ 1796 г. мы видимъ еще слободы и свѣтлицы Анны Іоанновны и 2) каменные дома, какъ сказано въ „экспликаціи" къ этому плану, еще при Александрѣ I остались „проектированными" (на планѣ см. лит. Г).—Вотъ тѣ историческія соображенія, которыя убѣждаютъ насъ въ томъ, что Преображенскій плацъ былъ и остался государственною землею.

III. Третье возраженіе истца касается толкованія ст. 120 Город. Полож. и 2 п. 515 ст. 1 ч. X т. свода. По его мнѣнію, Город. Полож. 1870 г. увеличило право города лишь въ отношеніе выгонныхъ земель; всѣ же остальные земли какъ были, такъ и остались городскими. Оставляя въ сторонѣ формальную ошибочность этого мнѣнія, т.-е. того, что Город. Полож. увеличило право на выгоны,—не оно, а Высочайше утвержденное мнѣніе государственнаго совѣта 10 ноября 1871 г. даровало городамъ право на выгоны,—оставляя это въ сторонѣ, мнѣніе истца ошибочно и съ матеріальной стороны, въ самомъ основаніи своемъ. Ошибка произошла отъ невѣрнаго буквальнаго толкованія ст. 120, а именно, выраженія: „оставаясь городскою собственностью". Въ статьѣ говорится, что показанныя на планѣ земли общаго пользованія, *„оставаясь городскою собственностью, состоятъ въ общемъ всѣхъ пользованіи"*. Изъ слова „оставаясь" истецъ выводитъ, что и ранѣе эти земли были городскими, что они, какъ прежде были, такъ и нынѣ остаются городскою собственностью. Исторія происхожденія ст. 120, однако, показываетъ, что слово „оставаясь" вовсе не таково, что законодатель вовсе и не хотѣлъ сказать, что городу подтверждаются ранѣе существовавшія права. Изъ „Матеріаловъ, относящихся до новаго общественнаго устройства городовъ", видно, что ст. 120 въ первоначальномъ проектѣ коммиссіи составляла ст. 88 и была редактирована такимъ образомъ: „земли, назначенныя по плану подъ улицы, площади..., состоятъ въ общемъ всѣхъ безъ изъятія пользованіи и не могутъ быть отчуждены городскимъ общественнымъ управленіемъ (томъ III, стр. 138). Изъ этого видно, что первоначально вовсе не предполагалось установить какое-либо

правило относительно права собственности города на эти земли; ст. 88 и не должна была ни создать это право, ни подтверждать его, ею должно было быть лишь охранено право общаго пользованія, не касаясь вопроса кому принадлежитъ право собственности на эти земли. Затѣмъ, въ составъ коммиссіи, выработавшей Город. Полож., были приглашены эксперты—лица, практически знакомыя съ городскимъ управленіемъ, главнымъ образомъ, представители городовъ. Въ засѣданіи 2-го марта ст. 88 проекта подверглась, повидимому, редакціонному измѣненію, а на самомъ дѣлѣ была измѣнена по существу. Редактировали ее такъ: „принадлежащія городу земли, показанныя на планѣ подъ улицы, площади и т. п., *состоятъ въ общемъ всѣхъ пользованіи, оставаясь городской собственностью*". При такой редакціи, очевидно: 1) на первомъ планѣ, какъ и при старой, стоитъ общее право пользованія, именно, оно охраняется; ему, несомнѣнно, посвящена статья; 2) съ полною ясностью выступаетъ дѣйствительный смыслъ слова „оставаясь"; слово это имѣетъ непосредственное отношеніе къ праву общаго пользованія: оно выражаетъ ту мысль, что хотя за всѣмъ и каждымъ признается право пользованія этими землями, но право собственности города все-таки сохраняется, остается за нимъ; право общаго пользованія не уничтожаетъ, не парализуетъ права собственности города на землю; это повтореніе общаго правила, что права на чужую вещь не поглощаютъ собою права собственности. Такъ что „оставаясь городскою собственностью", отнюдь не имѣетъ того значенія, что за городомъ остается то право, которое онъ имѣлъ и прежде; за нимъ, остается право собственности на землю, несмотря на то, что земля эта въ то-же время состоитъ въ общемъ всѣхъ пользованіи. Наконецъ 3) при такой редакціи статьи не ускользаетъ и та мысль,—мысль впервые являющаяся въ законѣ,—что городъ собственникъ этихъ земель. Намѣренно или ненамѣренно мысль эта выставлена съ ненадлежащею рельефностью, но, какъ увидимъ, при дальнѣйшихъ редакціонныхъ измѣненіяхъ статьи, эти стороны ея выступаютъ все рѣзче и рѣзче. Впослѣдствіи ст. 88 проекта обратилась въ ст. 120 Гор. Полож., причемъ однако сдѣлана была перестановка двухъ послѣднихъ предложеній ея, вмѣсто „состоятъ въ общемъ пользованіи, оставаясь городскою собственностью" сказано: „оставаясь городскою собственностью, состоятъ въ общемъ пользованіи". Перестановка эта не могла, разумѣется, измѣнить существа статьи (охрана общаго пользованія), но тѣмъ не менѣе, благодаря ей выдвинулась на первый планъ мысль о правѣ собственности города. Не зная какъ постепенно, путемъ несущественныхъ редакціонныхъ измѣненій, сложилась 120 ст., можно подумать, что слово „оставаясь" при настоящей редакціи статьи имѣетъ значеніе подтвержденія давно существующаго права. А между тѣмъ, очевидно, что она сохранила тотъ же смыслъ, какой имѣла до перестановки, т.-е. смыслъ „не нарушая права собственности города". Изъ перестановки предложеній нельзя вывести намѣренія законодателя совершенно измѣнить смыслъ статьи; благодаря ей лишь измѣнился тонъ статьи: перенесено, такъ сказать, удареніе отъ одной мысли на другую; въ данномъ случаѣ удареніе отъ мысли о признаніи права общаго пользованія перенесено на мысль о признаніи права собственности. Въ послѣдующей редакціи 120 ст., а именно, при внесеніи ея въ пр. 2 къ ст. 515 ч. 1 т. X это удареніе на мысль о правѣ собственности города сказалось въ высшей степени рельефно: нѣтъ ни малѣйшаго намека на то, что земля „остается" за городомъ въ смыслѣ „остается по прежнему". Въ примѣчаніи этомъ уже говорится, что принадлежащія городу земли составляютъ городскую собственность—слово „оставаясь" вовсе не упоминается. Вотъ тѣ соображенія, по которымъ нельзя признать правильности толкованія ст. 120, якобы подтверждающей издавна существовавшее право собственности городовъ на земли общаго пользованія.

Что касается условій примѣненія 120 ст. Гор. Полож. и 2 пр. 515 ст.

1 ч. X т., то истецъ выставляетъ лишь одно условіе и возражаетъ противъ двухъ мною въ отвѣтѣ указанныхъ. По его мнѣнію, для примѣненія этой статьи и слѣдовательно для признанія права собственности города достаточно, чтобы земля была показана на планѣ не какъ дворъ, а какъ мѣсто открытое для общаго пользованія. Съ этимъ нельзя согласиться потому: 1) что понятія двора и мѣста открытаго для общаго пользованія вовсе не противоположныя, исключающія одно другое; дворъ, по желанію собственника, можетъ быть открытъ для общаго пользованія; мѣсто общаго пользованія можетъ быть дворомъ; 2) планъ въ виду вышеизложеннаго, рѣшающаго значенія имѣть не можетъ и 3) мѣсто, открытое для общаго пользованія само по себѣ можетъ и неподходить подъ 120 ст.: оно можетъ быть открыто для общаго пользованія самимъ собственникомъ, и неявляться открытымъ „по праву" всѣхъ и каждаго. Истецъ не соглашается со мною въ томъ, что ст. 120 можетъ быть примѣнена лишь въ тѣхъ случаяхъ, когда данная земля, во время дѣйствія Гор. Полож. 1) не принадлежала ни частному лицу, ни казенному вѣдомству и 2) находилась въ общемъ пользованіи по праву. Противъ перваго изъ этихъ условій истецъ принципіальныхъ возраженій не предъявляетъ; оно и понятно: ему пришлось бы признать, что 120 ст., объявивъ площади собственностью города безотносительно къ тому, принадлежатъ ли онѣ кому-либо или нѣтъ, тѣмъ самымъ предписывала отобрать это имущество у частнаго лица или казны и передать городу. Истецъ, какъ бы признавая въ принципѣ правильность упомянутаго условія, дѣлаетъ лишь то частное возраженіе, что Преображенскій плацъ во время введенія въ дѣйствіе Городоваго Положенія 1870 г. не принадлежалъ преображенскому полку. Въ подтвержденіе этого истецъ приводитъ два обстоятельства: 1) что полкъ просилъ судъ объ утвержденіи за нимъ права собственности на плацъ въ 1875 г. и слѣдовательно ранѣе 1875 г., а именно въ 1873 г. не имѣлъ еще этого права. Противъ этого надо замѣтить, что если въ распоряженіи отвѣтчика имѣется нѣсколько основаній его, оспариваемаго истцомъ, права, то онъ можетъ воспользоваться любымъ изъ нихъ, затѣмъ воспользовавшись однимъ онъ никому не даетъ права дѣлать какіе-либо вредящіе ему выводы изъ того, что онъ воспользовался именно этимъ, а не другимъ основаніемъ. Такъ и въ данномъ случаѣ: въ распоряженіи преображенскаго полка въ 1875 г. было два основанія его права на плацъ: передача въ 1739 г. общегосударственной земли въ вѣдѣніе полка и давностное владѣніе плацемъ. Ему, для извѣстныхъ цѣлей, нуженъ былъ актъ, удостовѣряющій его права; сослаться на указъ 1739 г. онъ или не могъ или не желалъ — это безразлично и онъ обратился къ суду съ просьбой о признаніи за нимъ права по давности. Изъ этого отнюдь нельзя выводить, что полкъ не имѣлъ права собственности въ 1873 г. Независимо отъ этого соображенія, истецъ упускаетъ изъ виду, что окружный судъ въ 1874 г., какъ видно изъ его опредѣленія, призналъ за полкомъ право собственности на плацъ, какъ на *пустопорожнее мѣсто, а не какъ на землю общаго пользованія*, а отсутствіе принадлежности земли частному лицу или правительственному учрежденію есть условіе примѣненія 120 ст. т.-е. признанія права собственности на *землю общаго пользованія*. Судъ смотрѣлъ на плацъ, какъ на землю необремененную правомъ общаго пользованія, а для такихъ земель вопросъ о томъ, принадлежали ли они частному лицу или казнѣ во время введенія въ дѣйствіе Город. Полож., никакого значенія не имѣетъ. 2) Право собственности на плацъ, по мнѣнію истца, не принадлежало полку въ 1873 г. и потому, что еще въ 1860 году былъ возбужденъ судебный споръ о принадлежности плаца, что и подтверждается Высочайшимъ повелѣніемъ 1871 г. коимъ Государь Императоръ, указывая на спорность плаца, предоставилъ часть его въ распоряженіе Великой Княгини Елены Павловны. Ниже мы подробнѣе остановимся на этомъ Высочайшемъ повелѣніи, пока замѣтимъ лишь, что спорное

состояніе права не указываетъ на отсутствіе его, иначе: не смотря на спорность права, оно все-таки продолжаетъ принадлежать кому-либо, той или другой изъ сторонъ; это предполагаемое право всегда на сторонѣ владѣльца. Такъ и въ данномъ случаѣ: еслибы и былъ въ 1860 г. возбужденъ споръ о принадлежности плаца (чего я не допускаю): то изъ этого нельзя выводить, что полкъ не собственникъ плаца: до рѣшенія суда это еще неизвѣстно. Наше законодательство вполнѣ признаетъ это положеніе, допуская возможность отчужденія спорнаго имѣнія, условно—если на немъ лежитъ запрещеніе, безусловно—если этого нѣтъ (ст. 1456, 1457 ч. I, т. X).

Противъ второго изъ выставленныхъ мною условій примѣненія ст. 120 истецъ возражаетъ, что общее пользованіе (фактъ) площадями всегда основано на правѣ, а не на разрѣшеніи владѣльца. Противъ этого замѣчу, что сама дѣйствительность этому противорѣчитъ. Положимъ домъ А. сгораетъ до тла; А. не строитъ новаго и не обноситъ мѣсто заборомъ; всѣ ходятъ и ѣздятъ по этому мѣсту. Несомнѣнно, земля эта находится въ общемъ пользованіи, но лишь фактически, съ согласія А., а не по праву: А. во всякое время можетъ обнести его заборомъ или застроить. Преображенскій полкъ утилизировалъ плацъ такимъ образомъ, что ему и надобности не было стѣснять городскихъ обывателей въ проходѣ, а до 1882 г., какъ будетъ показано ниже, и въ проѣздѣ по площади. Конечно, еслибы полкъ могъ предвидѣть, что результатомъ такого толерантнаго отношенія его къ городскимъ обывателямъ будетъ предъявленіе со стороны города претензіи на самый плацъ, то онъ уже въ прошломъ столѣтіи озаботился бы объ обнесеніи плаца заборомъ. Трудно допустить, чтобы одно возведеніе или невозведеніе забора могло имѣть рѣшительное вліяніе на сохраненіе или потерю права. Замѣчаніе истца, что никто и никогда не испрашивалъ у полка разрѣшенія пользоваться плацемъ, совершенно не основательно. Разрѣшеніе собственника на пользованіе его землею можетъ быть выражено и безъ „испрошенія“ таковаго: и испрошеніе и разрѣшеніе происходятъ tacite; обыватели ходятъ и ѣздятъ по плацу, а полкъ имъ не мѣшаетъ. Чтобы признать фактъ общаго пользованія вовсе нѣтъ надобности доказывать, что обыватели прежде чѣмъ перейти площадь просили у полка разрѣшеніе и что полкъ каждый разъ имъ разрѣшалъ. Наконецъ, заявленіе истца, что полкъ пользовался плацемъ на общемъ основаніи невѣрно фактически, ибо онъ владѣлъ плацемъ на правѣ собственности, но объ этомъ подробно будетъ изложено ниже.

IV. Въ четвертомъ пунктѣ своего возраженія истецъ опровергаетъ опредѣленіе окружнаго суда 4 марта 1875 г., коимъ въ охранительномъ порядкѣ, признано право собственности полка на плацъ. Онъ предпосылаетъ своему изложенію заявленіе, что я не могу съ точностью установить основаніе права полка. По его мнѣнію, если въ 1875 году за полкомъ признано право собственности по давности, то до того времени, полкъ этого права не имѣлъ, а имѣя право собственности въ силу состоявшейся передачи отъ государства, полкъ не могъ пріобрѣсти его по давности. Я выше уже касался этого вопроса. Стороны въ гражданскомъ процессѣ могутъ пользоваться всякими, какими располагаютъ, основаніями своихъ правъ. Положимъ отвѣтчикъ имѣетъ два документа удостовѣряющихъ, оспариваемое истцомъ, право; онъ не только можетъ выбрать любой изъ нихъ и имъ обосновать свое право, но можетъ ссылаться и на оба акта, признавая для себя совершенно безразличнымъ по какому основанію судъ признаетъ за нимъ право. Оба эти акта могутъ быть не одинаковой силы, значенія и убѣдительности; предъявляя ихъ суду, отвѣтчикъ предоставляетъ ему придать рѣшительное значеніе тому или другому. Положимъ, одинъ изъ двухъ актовъ, которыми обосновывается право отвѣтчика, затерянъ, отвѣтчикъ ссылается на другой; затѣмъ, затерянный актъ обрѣтается и отвѣтчикъ, если судъ рѣшитъ дѣло противъ него, можетъ

ссылаться на обрѣтенный актъ и просить о пересмотрѣ рѣшенія, въ виду открывшагося новаго документа. Спрашивается, зачѣмъ сторонѣ, въ рукахъ которой находятся оба акта, предъявлять сначала одинъ актъ, скрывъ другой, и уже потомъ, по рѣшеніи дѣла не въ ея пользу, предъявить другой? Примѣняя эти соображенія къ настоящему дѣлу, надо допустить, что полкъ имѣлъ полное право ссылаться и на давность и на передачу прося судъ признать за нимъ право собственности въ силу давности или въ силу передачи. Неужели ему слѣдовало скрыть указъ 1739 года и воспользоваться имъ лишь тогда, когда судъ признаетъ право собственности города, отвергнувъ соображенія полка о давностномъ пріобрѣтеніи имъ этого права? Истецъ полагаетъ, что давность и передача суть два основанія пріобрѣтенія права собственности, исключающихъ одно другое. Совершенно вѣрно, но въ какомъ смыслѣ? Въ томъ смыслѣ, что нельзя просить судъ о признаніи права собственности и по давности и по передачѣ, но ссылаться на то и другое, прося судъ признать право по давности *или* по передачѣ—можно. Судъ можетъ признать право лишь по одному основанію, а сторона можетъ ссылаться на множество основаній альтернативно. Въ виду изложенныхъ соображеній истецъ: 1) напрасно думаетъ, что изъ ссылки моей на два основанія права полка вытекаетъ тотъ выводъ, что полкъ, пріобрѣтя разъ плацъ по передачѣ, пріобрѣлъ его вторично по давности. Конечно, право разъ пріобрѣтенное, и не прекратившееся въ лицѣ пріобрѣтателя, вновь пріобрѣтено имъ быть не можетъ, если только самое пріобрѣтеніе внѣ сомнѣнія; если же первое пріобрѣтеніе сомнительно, не поддается внѣшнему констатированію, напримѣръ, благодаря потери документа, то и вторичное пріобрѣтеніе возможно. Въ данномъ случаѣ оба представленныхъ основанія права являются сомнительными, потому что подвергнуто сомнѣнію самое право полка. Полкъ не сомнѣвается въ своемъ правѣ—онъ владѣвъ плацемъ, какъ собственникъ, заручился и другимъ основаніемъ—давностью. Нынѣ въ правѣ его сомнѣваются и онъ предоставляетъ суду рѣшить: является ли основаніемъ его право передачи или давность. 2) Напрасно истецъ изъ ссылки на давность выводитъ *признаніе* (судебное) мною отсутствіе у полка права собственности ранѣе 1875 г. По прямому смыслу нашего законодательства, признаніе есть подтвержденіе стороною *фактовъ* приводимыхъ противникомъ (см. мой Учебникъ русск. гражд. судопр. 1885 г. стр. 150 и слѣд.). Это видно изъ ст. 480 уст. гражд. суд. гдѣ предметами признанія почитаются „обстоятельства“, а что подъ „обстоятельствами“ уставъ разумѣетъ *факты*, видно изъ ст. 257, п. 4 и 5, 711 и др. Юридическая же квалификація фактовъ есть дѣло суда; въ данномъ случаѣ вопросомъ юридической квалификаціи будетъ вопросъ о томъ, былъ ли полкъ до 1875 г. владѣльцемъ или собственникомъ? Рѣшить этотъ вопросъ можетъ только судъ на основаніи фактовъ мною приведенныхъ—ни одинъ изъ фактовъ приведенныхъ моимъ противникомъ я не призналъ. Независимо отъ этого соображенія мое якобы—признаніе выводится изъ другихъ дѣлаемыхъ мною заявленій юридическаго характера, но при этомъ упускается изъ виду, что вѣдь я силюсь доказать, что въ виду указа 1739 г. полкъ и въ 1875 г. былъ собственникомъ, причемъ, конечно, осуществилъ владѣніе, и какъ составную часть права собственности, и какъ условіе давности.

Послѣ этихъ предварительныхъ замѣчаній истецъ переходитъ къ опроверженію опредѣленія окружнаго суда 4 марта 1875 г., сначала опровергая матеріальную правильность его, а затѣмъ указывая на формальныя условія права своего опровергать это опредѣленіе. Матеріальную неправильность его онъ видитъ въ томъ что полкъ не могъ пріобрѣсть право собственности на плацъ по давности.

Обращаясь къ этой части возраженія, я разсмотрю и тѣ соображенія истца противъ давностнаго пріобрѣтенія плаца, которыя имъ изложены въ

первомъ пунктѣ. Аргументація его сводится къ тому, что полкъ не могъ пріобрѣсти плацъ по давности потому, что 1) плацъ есть земля общаго пользованія, 2) полкъ лишь пользовался имъ, а не владѣлъ на правѣ собственности и 3) право полка на плацъ съ 1860 г. спорное право.—Первый аргументъ, строго говоря, не касается опредѣленія суда 4 марта 1875 г., ибо судъ призналъ за полкомъ право собственности на пустопорожнее мѣсто, не упомянувъ ни слова объ общемъ пользованіи, но мы разсмотримъ этотъ аргументъ здѣсь. Онъ сводится къ двумъ: а) преображенскій плацъ есть земля общаго *права* пользованія и б) земли общаго права пользованія не могутъ быть пріобрѣтаемы по давности. Противъ перваго изъ этихъ доводовъ я уже выше представилъ свои соображенія: пользованіе обывателями плацемъ было фактомъ, а не правомъ. Вопросъ о возможности пріобрѣтенія земель общаго пользованія по давности рѣшенъ истцомъ отрицательно. По его мнѣнію, законы о давности не могутъ быть примѣнены къ настоящему дѣлу въ виду 560 ст. ч. I, т. X. Для рѣшенія такого капитальнаго вопроса ссылка на 560 ст. не убѣдительна потому, что 560 ст. опредѣляетъ не предметы, не подлежащіе давностному пріобрѣтенію, а образъ владѣнія—на правѣ собственности и указываетъ примѣрно на тѣ земли, которыя находятся во владѣніи извѣстныхъ лицъ и учрежденій не на правѣ собственности, а по праву пользованія отъ чужого имени. Сенатъ достаточно выяснилъ истинный смыслъ этой статьи; смыслъ ея не тотъ, что земли, отведенныя казною кому-либо въ пользованіе, не могутъ быть пріобрѣтаемы по давности, а тотъ, что *тѣ лица* и *учрежденія*, которымъ казенныя земли отведены на извѣстныхъ условіяхъ и для извѣстнаго употребленія, не могутъ пріобрѣсти эти земли по давности (Р. Г. Д. 1874 г. № 884, 1875 г. № 55, 1879 г. № 314 и др.). Эти лица и учрежденія суть владѣльцы отъ чужого имени, отъ имени казны, и сколько бы лѣтъ они ни владѣли казенною землею (конечно, на тѣхъ же условіяхъ, на какихъ владѣніе имъ было предоставлено) они права собственности на землю эту не пріобрѣтутъ. Другія же лица, какъ говоритъ сенатъ, могутъ владѣть этими землями отъ своего имени, на правѣ собственности и пріобрѣсть ихъ по давности. Такъ казна нерѣдко отводила свои земли городамъ (а не города казнѣ, какъ думаетъ истецъ); эти земли не могли быть пріобрѣтаемы по давности городомъ, какъ юридическимъ лицомъ, но могли быть пріобрѣтаемы этимъ способомъ любымъ изъ горожанъ. Къ давностному пріобрѣтенію преображенскимъ полкомъ плаца ст. 560 никакого отношенія имѣть не можетъ, даже если смотрѣть на плацъ какъ на землю общаго пользованія, ибо нѣтъ главнаго условія примѣненія ея, чтобы земля была отведена во временное пользованіе. Есть въ 1 ч. X т. статьи, указывающія на предметы, не подлежащія давностному пріобрѣтенію,—а именно ст. 564, причисляющая къ этимъ предметамъ заповѣдныя имѣнія, и ст. 563, причисляющая къ нимъ межи генеральнаго межеванія,—но статьи эти къ настоящему дѣлу никакого отношенія не имѣютъ, а кромѣ ихъ нѣтъ въ X томѣ указаній на предметы, изъятые отъ дѣйствія давности, въ частности нѣтъ указаній на земли общаго пользованія. Создавать новыя изъятія изъ общаго правила о давностномъ пріобрѣтеніи имуществъ. т.-е. изъ ст. 533, нельзя. Не только отсутствіе запрещенія въ законѣ, но положительныя данныя говорятъ въ пользу возможности пріобрѣтенія по давности земель общаго пользованія или, точнѣе, пріобрѣтенія права собственности на земли, обремененныя общимъ правомъ пользованія. Такія земли всегда имѣютъ своего опредѣленнаго собственника — что допускаетъ и истецъ, ссылающійся на 120 ст., которая говоритъ о правѣ *собственности* на площади, бичевники и т. п. На земляхъ этихъ лишь лежитъ сервитутъ, право на чужую вещь. Что это право на чужую вещь, видно уже изъ того, что, въ случаѣ прекращенія его, право собственности возстановляется въ своей полнотѣ (jus recadentiae). Всѣ эти земли, при соблюденіи законныхъ условій,

могутъ переходить отъ одного лица къ другому всѣми законными способами, а между прочимъ, и по давности, лишь бы имѣлись на лицо всѣ условія давностнаго пріобрѣтенія. Но относительно давностнаго пріобрѣтенія этихъ земель имѣется рядъ особенностей: 1) фактически трудно ими завладѣть, 2) возможно лишь такое завладѣніе, которое не парализовало бы право общаго пользованія и 3) самый переходъ земли въ собственность другого лица не долженъ влечь за собою прекращенія права общаго пользованія. Что касается первой особенности, то право общаго пользованія, какъ это признано сенатомъ (Р. Г. К. Д. 1886 г. № 9), охраняется и должностными лицами, какъ право, установленное въ силу обще-государственнаго интереса. Должностныя лица по обязанности должны, а частныя лица, имѣя надобность воспользоваться этою землею, могутъ устранить всякаго, завладѣвшаго ею. Но трудность не исключаетъ возможности. Вторая особенность дѣлаетъ завладѣніе еще болѣе возможнымъ. Рядъ дѣйствій, указывающихъ на то, что данное лицо желаетъ владѣть землею, могутъ быть совершены рядомъ съ дѣйствіями, выражающими собою право общаго пользованія. Владѣлецъ площади можетъ ее чистить, содержать въ исправности, устроить вокругъ нея аллею, насадить растенія, построить для себя бесѣдку и т. д., нисколько не мѣшая свободному проходу и проѣзду. Если въ дѣйствіяхъ этихъ обнаруживается animus possidendi, то за ними можно признать значеніе дѣйствій, дѣлающихъ владѣніе давностнымъ; на право общаго пользованія они никакого вліянія оказывать не должны. Наконецъ третья особенность находитъ свое оправданіе въ томъ, съ одной стороны, что право общаго пользованія есть право публичное, которое, какъ признано въ вышеуказанномъ рѣшеніи сената, не можетъ быть погашено никакою давностью; съ другой стороны она оправдывается возможностью существованія права собственности, какъ nudum jus. Такой публичный сервитутъ, какъ право прохода и проѣзда, лежитъ, какъ сказано выше, на правѣ собственности, и переходитъ отъ одного лица къ другому въ полной своей неприкосновенности. Собственникъ лишенъ возможности *исключительно* владѣть и пользоваться, а тѣмъ менѣе распоряжаться своею вещью. Но владѣть, пользоваться и распоряжаться онъ можетъ, сохраняя общее право — его право голое; онъ можетъ его осуществлять въ столь ограниченномъ объемѣ, что благодаря этимъ ограниченіямъ предметъ его права, какъ не совсѣмъ точно выражаются, становится предметомъ, изъятымъ изъ гражданскаго оборота. Несмотря на всю экономическую и юридическую ничтожность этого голаго права собственности, а) имущество обращается въ оборотѣ; напримѣръ, оно можетъ быть продано, если найдется покупатель; государственный интересъ отъ этого не страдаетъ, лишь бы право общаго пользованія не нарушалось; б) дѣйствія собственника, указывающія на нежеланіе его считать вещь своею, имѣютъ полную юридическую силу — силу въ пользу того, кто непрерывно выражалъ желаніе считать вещь своею, и в) по прекращеніи права общаго пользованія, право собственности вступаетъ во всеоружіе своей силы, въ этотъ моментъ, напримѣръ, сдѣлка о пріобрѣтеніи этой земли, заключенная до прекращенія права общаго пользованія, вступаетъ въ полную экономическую силу — юридическую силу она имѣла и ранѣе, хотя и въ меньшей степени. Это—обращеніе nudum jus въ plenum jus. Это признается и нашимъ закономъ, косвенно даже по отношенію къ одной изъ формъ земель общаго пользованія—бичевникамъ. На основаніи ст. 426 и 429 ч. I, т. X, берега и русло большой рѣки, измѣнившей свое теченіе, составляютъ собственность береговыхъ владѣльцевъ, а если на этихъ рѣкахъ имѣлся бичевникъ, то и онъ, какъ сервитутъ, прекращается, и собственникъ можетъ осуществлять свое полное право. Земли общаго пользованія не могутъ быть предметомъ давностнаго пріобрѣтенія по тѣмъ законодательствамъ, по которымъ для того требуется bona fides, добросовѣстность владѣнія и justus titulus, правомѣрное основаніе владѣнія. Относительно земель общаго

пользованія, при владѣніи посторонним лицомъ нельзя допустить, ни добросовѣстности, ни правомѣрности основанія; первое—потому что предполагается общеизвѣстнымъ то, что данная земля есть земля общаго пользованія, второе—потому что завладѣніе этими землями есть неправомѣрное дѣйствіе, совершенное благодаря нерадѣнію полиціи. Потому то по такимъ законодательствамъ и невозможно давностное пріобрѣтеніе земель общаго пользованія. У насъ же для давностнаго пріобрѣтенія не требуется ни добросовѣстности владѣнія, ни правомѣрности основанія его (Р. Г. К. Д. С. 1878 года, № 47, 1879 г., № 67), лишь бы владѣніе было отъ чужого имени (т.-е. на правѣ собственности) спокойное, безспорное, непрерывное въ теченіе десяти лѣтъ и предметъ владѣнія не былъ изъятъ по закону отъ дѣйствія давности. Вотъ почему „по свойству имущества“ нѣтъ основанія не допускать давностнаго пріобрѣтенія полкомъ плаца потому будто, что полкъ не владѣлъ плацемъ на правѣ собственности, а лишь пользовался плацемъ. Объ этомъ истецъ упоминаетъ дважды: разъ—въ первомъ пунктѣ возраженія, въ другой разъ — въ четвертомъ. Въ первомъ онъ относитъ это замѣчаніе къ полку и къ военному вѣдомству вообще, въ четвертомъ — только къ полку: а) Противъ владѣнія плацемъ „на правѣ собственности“ со стороны *полка и военнаго вѣдомства* истецъ возражаетъ ссылкою на 560 ст. I ч., X т. и Р. Г. К. Д. С. 1875 г., № 55, гдѣ рѣчь идетъ лишь о томъ, что для давности требуется владѣніе на правѣ собственности. Отсутствіе доводовъ, а также изложенныя выше соображенія по поводу 560 ст. и соотвѣтствующихъ рѣшеній сената, избавляютъ меня отъ необходимости останавливаться на этомъ возраженіи; б) по отношенію же къ *полку*, якобы лишь пользовавшемуся, а не владѣвшему плацемъ на правѣ собственности, истецъ утверждаетъ: а) что само военное вѣдомство *признавало* отношеніе полка къ плацу пользованіемъ, что и подтверждается рядомъ бумагъ,—отношеній главнаго инженернаго управленія, въ которыхъ говорится о пользованіи полка. Противъ этого надо возразить: 1) Во всѣхъ этихъ бумагахъ о пользованіи полка говорится, между прочимъ, по разнымъ случаямъ; ни въ одной изъ нихъ не сказано, что право собственности на плацъ принадлежитъ тому-то, а пользованіе — полку; 2) не во всѣхъ предъявленныхъ истцемъ бумагахъ рѣчь идетъ о пользованіи: въ отношеніи 18 іюня 1865 г. за № 4652, главное инженерное управленіе спрашиваетъ Думу, нѣтъ ли свѣдѣній, на какомъ основаніи военное министерство *владѣетъ* плацемъ. 3) Употребляемое въ другихъ бумагахъ выраженіе „пользованіе“ нельзя понимать въ смыслѣ юридическаго термина; опытъ показываетъ, что придавать выраженіямъ, помѣщаемымъ въ бумагахъ административныхъ учрежденій, значеніе точныхъ юридическихъ терминовъ нельзя. 4) Если же, какъ это дѣлаетъ истецъ, придавать строго юридическое значеніе этимъ выраженіямъ, то можно сказать, что въ бумагахъ этихъ говорится о пользованіи, а не о правѣ пользованія, т.-е. объ осуществленіи полкомъ того права, которое принадлежитъ военному вѣдомству, представителемъ котораго и является полкъ. Если стоять на строго-логической почвѣ, то придется сказать, что настоящее дѣло ведется между казною и городомъ; представителемъ же казны является военное вѣдомство, а представителемъ военнаго вѣдомства—преображенскій полкъ. Съ юридической точки зрѣнія всѣ эти лица и учрежденія совершенно тождественны. Между тѣмъ, истецъ приводитъ въ видѣ аргумента въ пользу того, что полкъ лишь пользовался землею, то положеніе, что иного отношенія къ плацу полкъ и имѣть не могъ, не будучи самъ правоспособенъ, какъ самостоятельное юридическое лицо, пріобрѣтать имущество въ собственность. Такое разсужденіе едва ли вѣрно. Конечно, полкъ не юридическое лицо; онъ съ юридической стороны—административная единица, подчиненная военному министерству, какъ представителю казны. Полкъ, какъ я сказалъ выше, пользовался въ томъ смысьѣ, что осуществлялъ право пользованія военнаго вѣдомства. Но

вѣдь въ настоящемъ дѣлѣ рѣчь идетъ нестолько о полкѣ, сколько о военномъ вѣдомствѣ; строго говоря, собственникомъ является казна, военное вѣдомство, и истецъ, говоря, что полкъ имѣлъ одно пользованіе, въ сущности, говоритъ, что казна, военное вѣдомство имѣло это пользованіе. Самъ истецъ отождествляетъ полкъ съ вѣдомствомъ, ибо искъ онъ предъявлялъ къ полку, процессъ ведетъ съ полкомъ, въ состязательныхъ бумагахъ говоритъ о полкѣ, какъ о субъектѣ правъ. И, дѣйствительно, говорить о полкѣ и удобнѣе, и конкретнѣе, и яснѣе, чѣмъ о вѣдомствѣ, хотя это не совсѣмъ точно. Разъ допустивъ эту неточность, не слѣдовало бы ею пользоваться въ видѣ аргумента. Доказать, что военное вѣдомство не пріобрѣло земли по давности, нельзя тѣмъ, что представитель его, полкъ, не можетъ пріобрѣтать имущества въ собственность. Третій аргументъ противъ давностнаго пріобрѣтенія полкомъ плаца, тотъ, что право полка на плацъ спорно и слѣдовательно нѣтъ одного изъ условій давности—безспорности (владѣнія). Въ пользу этой спорности истецъ указываетъ на то: 1) что съ 1860 г. между городомъ и полкомъ возникъ судебный споръ о землѣ, 2) что въ Высочайшемъ повелѣніи объ отводѣ части плаца подъ максимиліановскую лечебницу сказано, что земля эта спорная и 3) что само военное вѣдомство заявляло Думѣ о своемъ сомнѣніи на счетъ своего же права на плацъ. 1) Первое обстоятельство не можетъ быть разсматриваемо, какъ обстоятельство, воспрепятствовавшее начатію давности, потому что споръ, на который указываетъ истецъ, не былъ споромъ о правѣ на преображенскій плацъ. Городъ въ 1842 г. далъ мѣщанкамъ *Рухтуевой* и *Косицкой*, въ обмѣнъ на ихъ землю, землю, находившуюся подъ огородами Преображенскаго полка. При вводѣ наслѣдницъ *Рахтуевой* и *Косицкой* во владѣніе обмѣнной землей, полкъ заявилъ губернатору претензію, указывая на то, что на трехъ Высочайше утвержденныхъ планахъ земля эта значится полковымъ огороднымъ мѣстомъ. Дума признавала землю городскою и просила губернатора направить дѣло къ судебному разбирательству. Оно перешло въ 1-й департаментъ С.-Петербургской гражданской палаты. Въ палатѣ, въ виду отсутствія требуемыхъ узаконеній, былъ возбужденъ общій вопросъ о правѣ казенныхъ вѣдомствъ на земли, занимаемыя ими въ городахъ. Вопросъ этотъ сначала разсматривался въ общемъ собраніи губернскаго правленія, палаты и управы благочинія, откуда перешелъ въ 1-й департаментъ правительствующаго сената, которымъ и былъ разрѣшенъ 16 сентября 1886 г. Изъ этого видно, что тутъ рѣчь идетъ о двухъ дѣлахъ: 1) о правѣ города или полка на *огородное* мѣсто и 2) о *правахъ* казенныхъ вѣдомствъ на занимаемыя ими въ городахъ земли. Для того, чтобы признать судебный споръ обстоятельствомъ, прекращающимъ теченіе давности или препятствующимъ начатію давностнаго владѣнія, необходимо, чтобы предметъ спора и предметъ давностнаго владѣнія былъ однимъ и тѣмъ же предметомъ. Въ данномъ случаѣ этого тождества предметовъ нѣтъ: предметъ настоящаго дѣла, и дѣла окончившагося рѣшеніемъ 4 марта 1875 г. —Преображенскій плацъ, а предметъ дѣлъ, начатыхъ въ гражданской палатѣ и оконченныхъ въ сенатѣ—огородное мѣсто и общій вопросъ о правахъ казны. Что тождества предметовъ тутъ нѣтъ, видно и изъ опредѣленія сената 17 сентября 1886 г. по дѣлу „о правахъ казенныхъ вѣдомствъ и обществъ на находящіяся въ ихъ пользованіи городскія земли". Еслибы сенатъ признавалъ, что на его разрѣшеніе былъ предложенъ вопросъ о правѣ на Преображенскій плацъ, то онъ сказалъ бы, что настоящій споръ о Преображенскомъ плацѣ долженъ быть рѣшенъ судебнымъ порядкомъ, а между тѣмъ сенатъ говоритъ: „еслибы у города С.-Петербурга возникъ споръ о землѣ, занятой плацемъ л.-гв. Преображенскаго полка, таковой споръ подлежалъ бы рѣшенію судебныхъ мѣстъ (см. „Извѣстія С.-Петербургской городской Думы" № 48, стр. 1251). О спорѣ этомъ сенатъ говоритъ какъ о фактѣ возможномъ, а не существующемъ, предложенномъ на

его разсмотрѣніе. Наконецъ, признавая съ одной стороны, что дѣло *Рухтуевой* и *Косицкой* есть споръ о Преображенскомъ плацѣ и что слѣдовательно давностное владѣніе полка, въ виду спора, не могло начаться, а съ другой, предъявивъ искъ къ полку о правѣ на тотъ же плацъ, истецъ впалъ въ непримиримое противорѣчіе. Онъ заявляетъ, что дѣло города съ полкомъ о плацѣ еще не прекращено, а самъ предъявляетъ новый искъ къ тому же полку, о томъ же плацѣ. Предъявивъ искъ, онъ тѣмъ именно признаетъ, что въ дѣлѣ Рухтуевой и Косицкой рѣчь идетъ не о Преображенскомъ плацѣ, и, слѣдовательно, что дѣло это не мѣшаетъ началію давности, т.-е. признаетъ какъ разъ противное тому, что утверждаетъ. 2) Второе обстоятельство, подтверждающее, по мнѣнію истца, спорность права полка на плацъ, Высочайшее повелѣніе объ отводѣ части плаца подъ максимиліановскую лечебницу. Въ этомъ актѣ сказано, что Ея Высочеству Великой Княгинѣ Еленѣ Павловнѣ передается передняя часть плаца, „съ тѣмъ, чтобы земля эта, если окончательно будетъ признана собственностью военнаго или придворнаго вѣдомства, была уступлена подъ означенную больницу безвозмездно, а если бы признаны были права города на ту землю, то Ея Высочеству предоставить въ то время войти въ соглашеніе съ городомъ". Спрашивается, можно ли признать, что тутъ рѣчь идетъ о судебномъ спорѣ между городомъ и преображенскимъ полкомъ! Не сомнѣваемся, что рѣчь идетъ вовсе не объ этомъ. Слово „если окончательно будетъ признано", а „если бы признано было", столь общее, что изъ нихъ не видно кѣмъ *будетъ* признано. Затѣмъ слова „военнаго или придворнаго" вѣдомства прямо указываютъ, что имѣется въ виду нѣчто другое, болѣе общее, а не судебный споръ преображенскаго полка съ городомъ. Это другое и есть общій вопросъ о правахъ казенныхъ вѣдомствъ на городскія земли, вопросъ, находившійся въ то время на разсмотрѣніи сената. При отводѣ земли, конечно, небезъизвѣстно было, что сенатъ разсматриваетъ этотъ вопросъ; по ходу дѣла можно было думать, что сенатъ установитъ извѣстныя правила, на основаніи коихъ можно будетъ въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ, а слѣдовательно и по отношенію къ Преображенскому плацу окончательно рѣшить кому принадлежитъ та или другая земля, казнѣ или городу. Положимъ сенатъ (правильно или неправильно это другой вопросъ) уклонился отъ установленія этихъ правилъ, но въ то время можно было ожидать, что онъ правила эти установитъ. Этотъ-то общій вопросъ и имѣлся въ виду. Причина же, по которой въ актѣ отвода говорится о военномъ или *придворномъ* вѣдомствахъ, съ этой точки зрѣнія, понятна: площади, сады, бульвары въ Петербургѣ только и могутъ принадлежать или военному вѣдомству (плацъ-парады) или придворному (сады, бульвары), или городу. На эти три учрежденія ожидавшіяся правила только и могли распространяться. 3) Третье обстоятельство, указывающее, по мнѣнію истца, на спорность права полка то, что само военное вѣдомство въ 1865 г. сомнѣвалось въ правѣ своемъ на плацъ, что подтверждается тѣмъ, что главное инженерное управленіе обратилось къ Думѣ съ вопросомъ: на основаніи какихъ документовъ военное министерство владѣетъ преображенскимъ плацемъ. Изъ запроса этого отнюдь нельзя выводить сомнѣнія военнаго вѣдомства, какъ представителя казны, въ своемъ правѣ. Сомнѣніе, допустимъ на время, можетъ быть возникло въ канцеляріи военнаго министерства и въ главномъ инженерномъ управленіи. Къ казнѣ нельзя предъявлять, безъ ограниченій, такія требованія относительно animus possidendi, какія предъявляются къ частному лицу. Сомнѣніе, выраженное частнымъ лицомъ, можетъ быть поставлено ему на счетъ, а сомнѣніе, выраженное одною или двумя канцеляріями или управленіями даннаго вѣдомства, на счетъ этому вѣдомству или казнѣ вообще поставлены быть не могутъ. Канцелярія военнаго министерства и главное инженерное управленіе могли сомнѣваться въ правѣ на плацъ, а можетъ быть, самъ преображенскій полкъ, штабъ 1-й

пѣхотной дивизіи, штабъ гвардейскаго корпуса, окружный штабъ, окружное инженерное управленіе и т. д. и не сомнѣвались въ этомъ правѣ. Это отсутствіе сомнѣнія можно безусловно утверждать относительно ближайшаго къ данному дѣлу представителя казны,—преображенскаго полка. 3 марта 1875 г. окружный судъ призналъ за нимъ право собственности на плацъ по давности; изъ этого вывожу, что 4 марта 1865 г., въ виду опредѣленія суда, онъ уже владѣлъ плацемъ на правѣ собственности и слѣдовательно не сомнѣвался въ своемъ правѣ; отношеніе же главнаго инженернаго управленія къ Думѣ помѣчено 18 іюня 1865 г., такъ что изъ трехъ органовъ военнаго вѣдомства, въ одно и то же время, два сомнѣвались, а одно, наиболѣе заинтересованное, не сомнѣвалось. Наконецъ еще вопросъ: можно-ли выводить сомнѣніе въ правахъ изъ справки одного учрежденія даннаго вѣдомства у посторонняго учрежденія о документахъ ближайшимъ образомъ касающихся другого учрежденія, одного вѣдомства съ первымъ. Изъ упомянутаго отношенія главнаго инженернаго управленія видно: 1) что въ канцеляріи военнаго министерства былъ „возбужденъ вопросъ, кому принадлежитъ Преображенскій плацъ“; изъ этого еще нельзя заключить, что канцелярія сомнѣвается въ правѣ полка. Въ канцеляріи этой нѣтъ никакихъ документовъ, касающихся правъ воинскихъ частей на ихъ земли и если ей почему либо понадобились свѣдѣнія объ этихъ земляхъ, то всего естественнѣе обратиться за справкой въ главное инженерное управленіе; никакого сомнѣнія ни въ комъ быть можетъ не возникало, а просто понадобился документъ; 2) тоже самое слѣдуетъ сказать о главномъ инженерномъ управленіи: въ немъ могли не быть требуемые документы; оно въ качествѣ передаточной инстанціи обращается къ Думѣ, тоже никакихъ сомнѣній не возбуждая. Вотъ тѣ соображенія, по которымъ я считаю мнѣніе истца о матеріальной неправильности опредѣленія 4 марта 1875 г. т.-е. невозможности давностнаго пріобрѣтенія полкомъ плаца — неосновательными.

Что касается формальныхъ условій право истца опровергать опредѣленіе суда 4 марта 1875 г., то въ наличности ихъ я не сомнѣваюсь, ибо признаю, согласно Р. Г. К. Д. С. 1872 № 792, лишь одно: неистеченіе 10 лѣтняго срока со времени постановленія частнаго опредѣленія суда, а это условіе имѣется на лицо.

V. Послѣдній пунктъ возраженія истца направленъ противъ моего заявленія, что, если даже допустить, что Преображенскій плацъ—земля общаго права пользованія и что съ введеніемъ въ дѣйствіе Город. Полож. 1870 г. право собственности на него перешло къ городу, то и въ такомъ случаѣ онъ потерялъ это право (въ пользу города въ силу давности). Истецъ возражаетъ: 1) что все сказанное имъ о непримѣнимости законовъ о давности прилагается и къ данному случаю; тоже самое могу сказать и я: все сказанное мною о примѣнимости законовъ о давности прилагается и къ данному случаю. 2) Истецъ заявляетъ, что со времени признанія судомъ права собственности на плацъ за полкомъ еще не прошло 10 лѣтъ. Недостаточно ясно, какое значеніе имѣетъ это заявленіе для вопроса о давностномъ пріобрѣтеніи полкомъ плаца,—вѣдь я считаю давностное владѣніе не съ 4 марта 1875 г., а съ 23 января 1875 г. Неистеченіе 10 лѣтъ со времени признанія права полка имѣетъ лишь значеніе для вопроса о возможности опровергать опредѣленіе суда. 3) Наконецъ, истецъ приводитъ рядъ соображеній, касающихся свойства того отношенія, въ которомъ полкъ находился къ плацу съ 1875 г. по 1885 г. Онъ говоритъ: а) полкъ не осуществлялъ владѣнія плацемъ; б) плацъ оставался землею общаго пользованія и в) иждивеніемъ города и мѣстныхъ обывателей плацъ обсаженъ деревьями. Первое и третье изъ этихъ заявленій будутъ мною опровергнуты ниже, что-же касается второго (б), то замѣчу, что въ отвѣтѣ я указываю на давностное пріобрѣтеніе плаца полкомъ, даже до-

пуская на время, что плацъ былъ 23 января 1875 г. землею общаго пользованія. Выше уже объяснено, что альтернативная защита права передъ судомъ должна быть допущена и что ссылкою полка на передачу ему плаца въ 1739 г. не исключается ссылка его на давностное владѣніе съ 1865 по 1875 г. плацемъ, какъ землею необремененною правомъ общаго пользованія. Тѣже соображенія примѣняются и къ тому случаю, когда полкъ, сверхъ указанныхъ ссылокъ, ссылается и на третье основаніе: давностное владѣніе съ 1875 по 1885 г. плацемъ, какъ землею общаго пользованія. Такъ что я, по отношенію къ этому основанію пріобрѣтенія, допускаю на время правильность заявленія истца, что плацъ есть земля общаго пользованія и говорю: даже съ этой точки зрѣнія полкъ пріобрѣлъ плацъ въ собственность, ибо осуществлялъ давностное владѣніе въ теченіе послѣднихъ 10 лѣтъ. Этого то истецъ и не допускаетъ, говоря, что полкъ (а) не осуществлялъ владѣнія. Противъ этого надо возразить, что имѣется цѣлый рядъ фактовъ, изъ которыхъ видно какъ разъ противное. Осуществленіе владѣнія есть совершеніе ряда дѣйствій, именуемыхъ въ наукѣ владѣльческими (Besitzhandlungen). Эти дѣйствія, съ внѣшней стороны, тождественны съ дѣйствіями, совершаемыми собственниками; о нихъ можно сказать, что еслибы владѣлецъ былъ собственникомъ, то онъ совершилъ-бы тѣ-же самыя дѣйствія; съ внутренней стороны это суть дѣйствія, совершаемыя лицомъ, проникнутымъ сознаніемъ того, что оно можетъ владѣть вещью какъ своей собственною; совершая ихъ, лицо внушаетъ ту-же мысль постороннимъ лицамъ и они смотрятъ на него какъ на собственника. Дѣйствія эти суть напримѣръ застройка, засѣвъ и очистка владѣемой земли, вступленіе по поводу ея въ договоры, сношенія владѣльца какъ собственника съ лицами и учрежденіями и т. п. Къ такимъ дѣйствіямъ касательно преображенскаго плаца относятся: а) застройка части его стрѣльбищемъ; б) очистка, поднятіе его на $^1/_2$ арш. и запрещеніе свозки мусора; в) обращеніе города къ полку съ просьбой поставить важню и вѣсы на плацу и отказъ ему въ этомъ г) устройство мѣстными обывателями, съ разрѣшенія полка и при его содѣйствіи аллеи вокругъ плаца и д) мнѣніе двухъ министерствъ о томъ, что плацъ есть земля казенная. а) Самый фактъ существованія стрѣльбища—фактъ общеизвѣстный, въ случаѣ надобности судъ, путемъ осмотра на мѣстѣ, можетъ въ этомъ убѣдиться. Что стрѣльбище выстроено полкомъ, видно изъ условія, заключеннаго 31 іюля 1881 г. преображенскимъ полкомъ съ купцомъ *Кожинымъ* о постройкѣ стрѣльбища, и изъ семи заявленій *Кожина* объ уплатѣ причитающихся за постройку денегъ (21 августа, 28 августа, 11 сентября, 18 сентября, 25 сентября, 16 октября и 6 ноября) съ надписью полковника *Кушковскаго* о выдачѣ *Кожину* таковыхъ. б) Тотъ приличный видъ, который въ настоящее время имѣетъ преображенскій плацъ приданъ ему полкомъ еще въ 1863 г. Какъ видно изъ прилагаемаго рапорта командира полка начальнику 1-й гвардейской пѣхотной дивизіи 11 апрѣля 1858 г. № 454, инженерное начальство выдавало свидѣтельства на безпрепятственный свозъ сухого мусора на плацъ: мусорщики, однако, стали свозить разныя нечистоты; командиръ полка, съ разрѣшенія начальника дивизіи, заключилъ, какъ видно изъ расписки купца *Степанова*, 7 января 1863 года, договоръ, въ силу котораго *Степановъ* обязался свозить одинъ сухой мусоръ и безвозмездно поднять плацъ, съ уравненіемъ его, на поларшина; полкъ-же обязался въ томъ, чтобы никто изъ постороннихъ лицъ мусора не свозилъ". *Степановъ*, равно какъ и полкъ, свое обязательство исполнили, но *Степановъ* позволилъ себѣ лишь одно упущеніе, именно относительно канавы, послѣдствіемъ чего было принесеніе на него жалобы въ управу благочинія. Тамъ-то *Степановъ* и далъ подписку. Изложенный фактъ весьма богатъ выводами: 1) видно, что инженерное начальство, выдавая свидѣтельства на свозку мусора, завѣдывало плацомъ; 2) что полкъ вступалъ въ договоры по поводу плаца, 3) что полкъ запретилъ

свозку мусора на площадь; 4) что его стараніями площадь поднята на пол-аршина; 5) что тогдашнее судебно-полицейское мѣсто, управа благочинія, разсматривала его какъ сторону въ процессѣ. Всѣ эти обстоятельства хотя и совершились въ 1858—1863 гг. и являются новымъ подтвержденіемъ того, что полкъ съ 1739 г. состоитъ собственникомъ плаца, но тѣмъ не менѣе они имѣютъ значеніе и какъ обстоятельства, подтверждающія давностное владѣніе полка съ 1865—1875 и съ 1875—1885 гг. А именно, сдѣланное полкомъ распоряженіе о томъ, чтобы на плацъ никто не свозилъ мусора и произведенное по его распоряженію уравненіе площади и поднятіе ея на $^1/_2$ аршина суть факты по своимъ послѣдствіямъ длящіеся; дѣйствіе и значеніе ихъ не могутъ быть оцѣниваемы по тому моменту времени, въ который они происходили, и по сейчасъ на плацъ никто мусора не свозитъ, по сейчасъ плацъ представляетъ собою ровную и чистую площадь. в) Какъ видно изъ отношенія штаба гвардейскаго корпуса, временно командующему 1-ю гвардейскою дивизіею 2 ноября 1882 г. № 6062 городская Управа обратилась къ командующему дивизіею съ просьбой дозволить перенести съ конной площади на преображенскій плацъ важню и вѣсы, обязываясь съ своей стороны по первому требованію полка очистить занятое мѣсто. По сношенію съ высшимъ начальствомъ, полкъ не уважилъ просьбы города. Изъ этого видно, что въ 1882 г. городъ признавалъ полкъ собственникомъ плаца и обращался къ нему какъ къ собственнику, желая вступить съ нимъ въ обязательственныя отношенія. г) Какъ видно изъ отношенія с.-петербургскаго градоначальника главному инженерному управленію 16 августа 1882 г. № 5489 купцы *Коряковъ* и *Васильевъ* обратились къ градоначальнику съ просьбою исходатайствовать: 1) запрещеніе ѣзды по Преображенскому плацу и 2) разрѣшеніе устроить за то ими, *Коряковымъ* и *Васильевымъ*, на ихъ средства, аллею вокругъ плаца. Градоначальникъ снесся съ главнымъ инженернымъ управленіемъ, а послѣднее съ полкомъ, и ходатайство просителей было уважено. Аллея была устроена въ 1884 г., причемъ 3) какъ видно изъ приказа командира полка 8 мая 1884 г. о нарядѣ солдатъ „для устройства бульвара“, аллея была устроена при содѣйствіи полка. Изъ этихъ фактовъ выводимъ: 1) частныя лица и градоначальникъ признавали собственникомъ плаца не городъ, а полкъ, ибо обращались не къ городу, а къ военному вѣдомству; 2) разрѣшеніемъ устроить аллею, участіемъ въ этомъ устройствѣ и запрещеніемъ ѣзды по плацу, полкъ показалъ, что онъ распоряжается плацемъ какъ собственникъ. Наконецъ д) когда въ 1876 г. былъ возбужденъ вопросъ о продажѣ Преображенскаго плаца и военный министръ обратился за заключеніемъ къ министру финансовъ, и государственному контролеру, то послѣдніе, какъ видно изъ отношенія окружнаго инженернаго управленія штабу 1-й пѣхотной дивизіи 17 іюня 1867 г. № 2816, отозвались, что „на отчужденіе земли, находящейся подъ Преображенскимъ плацемъ, въ частныя руки не встрѣчается препятствій“, но что вырученная отъ продажи сумма должна поступить въ государственный доходъ. Изъ этого видно, что министръ финансовъ и государственный контролеръ признавали: а) полкъ (военное вѣдомство) собственникомъ плаца и б) плацъ казенною собственностью. Вотъ тѣ владѣльческія дѣйствія, которыя были совершаемы преображенскимъ полкомъ и которыя даютъ основаніе признавать его владѣніе давностнымъ.

Такова была моя защита правъ военнаго вѣдомства. Я далъ широкій просторъ судейскому убѣжденію. Самъ относясь къ дѣлу чисто объективно, я далъ судьямъ на выборъ признать то или другое основаніе правъ полка. Если-бы историческая аргументація оказалась не убѣдительной, то судъ могъ-бы остановиться на давности владѣнія. Полкъ, убѣжденный въ своемъ правѣ собственности съ 1739 года, такъ относился къ плацу, такъ владѣлъ имъ,

что, будь даже не признана передача ему плаца въ 1739 году, нельзя этого владѣнія не признать давностнымъ — всѣ признаки его на лицо и проявились они именно благодаря вышеупомянутому убѣжденію въ собственномъ правѣ.

Судъ согласился со мною, что городскія земли суть земли пріобрѣтенныя городомъ по тѣмъ или другимъ актамъ, а такъ-какъ городъ актовъ не представилъ, а плацемъ владѣетъ и посейчасъ преображенскій полкъ, то городу въ искѣ отказано.

# VI. ТОРГОВОЕ ПРАВО.

## I.

## Настоящее и будущее науки русскаго торговаго права [1]).

Цитовичъ.—Очеркъ основныхъ понятій торг. права. 1886. Его же.—Учебникъ торг. права. 1891. Шершеневичъ.—Курсъ торг. права, т. I, 2 ч. 1888--1889.—Башиловъ. Русск. торг. право. В. 1, 1887. Мартенсъ.—Опытъ коммент. русск. торг. права, 2 т. 1880. Endemann.—Handb. d. Handels-See-und Wechselrechts 1 Heft. 1881.—Гельбке. Торговое право и гражд. уложеніе. 1881. Малышевъ.—Объ ученой разраб. торг. права въ Россіи (Журн. гр. и уг. права. 1875, кн. 6, стр. 44—65). Золотаревъ.—Соображенія о способахъ и порядкѣ кодификаціи торг. обычаевъ. 1877.

Торгое право, въ собственномъ смыслѣ этого слова, есть отрасль права гражданскаго; это одна изъ спеціальныхъ его отраслей, спеціальныхъ въ томъ смыслѣ, что частныя правоотношенія, коими занимается гражданское право, въ торговомъ правѣ изслѣдуются лишь постольку, поскольку они подвергаются измѣненію, упрощаются, осложняются, извѣстнымъ образомъ комбинируются, сообразно потребностямъ и условіямъ торговаго оборота. Торговое право, какъ и всякая другая юридическая наука, изслѣдуетъ жизненныя отношенія даннаго порядка не непосредственно, а при посредствѣ тѣхъ юридическихъ нормъ, коими эти отношенія опредѣляются; оно оперируетъ надъ нормами, — законами и обычными правилами,—въ коихъ и содержится то специфическое, что придаетъ ему отличную отъ другихъ юридическихъ наукъ окраску, что выдѣляетъ его въ особую отрасль права гражданскаго. Между этими юридическими нормами, несомнѣнно, первенствующее мѣсто принадлежитъ закону. Какъ бы широко ни развилось, какъ бы прочно ни установились обычно-правовыя нормы, онѣ не въ состояніи такъ упорядочить бытовыя отношенія, какъ это въ силахъ сдѣлать законъ. На Западѣ относительно торговаго права уже въ XVII в. пришли къ сознанію преимущества законодательныхъ правилъ передъ обычными, и принялись за изданіе торговыхъ законовъ. Законы эти, разъ кодифицированные, дали богатый матеріалъ для науки, и мы видимъ, какая оживленная, усиленная индуктивная работа идетъ вслѣдъ за новыми и новыми кодификаціями. Западнымъ коммерсіалистамъ есть надъ чѣмъ оперировать. Взгляните на любой курсъ торговаго права—вездѣ вы увидите сложнѣйшія и труднѣйшія обобщенія, увидите тонкій, подчасъ доведенный до

---

[1]) Юрид. лѣтоп. 1891 г., № 12.

виртуозности, юридическій анализъ — чего? Почти исключительно законовъ содержащихся въ торговыхъ кодексахъ. Что же мы находимъ у насъ? Первый нашъ сборникъ торговыхъ законовъ появляется въ видѣ одного изъ уставовъ государственнаго благоустройства, въ составѣ Свода законовъ; онъ же, неизмѣненный въ своемъ существѣ, по крайней мѣрѣ въ тѣхъ частяхъ, которыя касаются торговаго права въ собственномъ смыслѣ,—дѣйствуетъ и въ настоящее время; это, повидимому, нашъ торговый кодексъ; въ немъ,—хотѣлось бы сказать—исчерпаны нормы торговаго права, примѣняемыя въ нашемъ торговомъ быту; но, къ сожалѣнію, на самомъ дѣлѣ это вовсе не такъ: если исчерпывающее или почти исчерпывающее въ этомъ смыслѣ значеніе имѣютъ современные западные торговые кодексы, то о нашемъ торговомъ уставѣ этого отнюдь нельзя сказать. Одинъ поверхностный обзоръ содержанія его показываетъ, что торговымъ кодексомъ онъ названъ быть не можетъ, — это, какъ выразился проф. Цитовичъ, складъ обломковъ законодательной дѣятельности разныхъ царствованій, начиная съ Петра Великаго (Очеркъ, стр. 13. Учебникъ, стр. 30). Состоитъ уставъ, въ настоящее время, изъ трехъ книгъ; въ первой содержатся правила „о договорахъ и обязательствахъ, торговлѣ свойственныхъ“, во второй—„о морской торговлѣ“, и въ третьей—„о торговыхъ установленіяхъ“. Въ первой идетъ рѣчь о трехъ договорахъ: о наймѣ приказчиковъ, о довѣренности и о товариществахъ; во второй содержатся отрывочныя указанія на нѣкоторыя частныя отношенія по морской торговлѣ, напр., о наймѣ и покупкѣ судовъ, о морскомъ страхованіи, о бодмереѣ и т. п.; въ третьей идетъ рѣчь объ устройствѣ ярмарокъ и биржъ, о веденіи торговыхъ книгъ, о мѣрахъ и вѣсахъ и т. п. А гдѣ самыя коренныя, основныя торговыя сдѣлки? Гдѣ торговая купля-продажа, поставка, перевозка, коммиссіонная сдѣлка, гдѣ сотни и сотни биржевыхъ и банкирскихъ сдѣлокъ—гдѣ все это, что даетъ такой богатый матеріалъ наукѣ торговаго права? Ничего этого, не говоря уже объ общихъ, руководящихъ положеніяхъ, въ нашемъ торговомъ уставѣ не имѣется. Самые настоятельные вопросы науки и практики не находятъ въ немъ данныхъ для своего разрѣшенія. Спрашиваемъ, возможно ли построеніе науки русскаго торговаго права на этихъ обломкахъ и обрывкахъ? Если мы отвѣтимъ на этотъ вопросъ отрицательно—а другого отвѣта по совѣсти и дать невозможно — то намъ могутъ возразить, что въ литературѣ имѣются капитальные курсы двухъ извѣстныхъ профессоровъ, Цитовича и Шершеневича, въ которыхъ изложена именно система русскаго торговаго права [1]) и самый фактъ существованія коихъ наилучшимъ образомъ опровергаетъ мысль о невозможности построенія въ настоящее время науки русскаго торговаго права. Фактъ существованія почтенныхъ трудовъ двухъ весьма уважаемыхъ ученыхъ, по нашему мнѣнію, самъ-по-себѣ ничего не доказываетъ и, какъ мы постараемся доказать, не въ силахъ умалить правильность той мысли, что науки русскаго торговаго права нѣтъ. Гг. Цитовичъ и Шершеневичъ, такъ сказать, сочинили, искусственно создали, сдѣлали, каждый на свой ладъ, науку русскаго торговаго права. Съ одной стороны, они до крайности расширили кругъ изслѣдуемыхъ ими институтовъ, а съ другой—пользовались такими пріемами изслѣдованія, благодаря которымъ получилось нѣчто округленное, цѣльное, очень похожее на торговое право, но очень далеко отъ *русскаго* торговаго права.

Что касается искусственнаго расширенія предѣловъ науки, то наши ученые внесли въ торговое право такіе институты, которымъ мѣсто въ общегражданскомъ правѣ. Такъ, напр., они очень подробно трактуютъ объ акціо-

---

[1]) О прекрасномъ трудѣ проф. Башилова мы не говоримъ, потому что почтенный авторъ далъ пока одно начало, для котораго въ законѣ оказалось достаточно матеріала.

нерныхъ компаніяхъ, артеляхъ, желѣзнодорожной перевозкѣ, страхованіи, привилегіяхъ, векселяхъ и т. п. Внесеніе этихъ институтовъ въ наше торговое право ничѣмъ не может быть оправдано. Какого бы взгляда ни держаться по вопросу о признакахъ торговыхъ сдѣлокъ, игнорировать процессуальный моментъ по отношенію къ тѣмъ странамъ, гдѣ существуютъ особые коммерческіе суды — нельзя. Если въ кругъ нашихъ задачъ входитъ изученіе даннаго законодательства, и законодательство это признаетъ существованіе особыхъ судовъ для исковъ, возникающихъ изъ *торговыхъ* правоотношеніи, то это обстоятельство, при разграниченіи торговыхъ отношеній отъ обще-гражданскихъ, не можетъ быть лишено всякаго значенія. Конечно, значеніе его не должно быть преувеличено — нельзя его возводить въ абсолютный критерій, но если исходить изъ того, что законъ можетъ отрицать у даннаго отношенія свойство торговаго, но не можетъ привить ему это свойство, то получимъ два положенія, помогающія правильному рѣшенію вопроса, а именно: 1) если искъ, вытекающій изъ даннаго правоотношенія, подсуденъ общимъ судамъ, то самое правоотношеніе не можетъ быть торговымъ, и 2) если искъ подсуденъ коммерческому суду, то это обстоятельство само-по-себѣ не заставляетъ признать самое правоотношеніе торговымъ. Если въ противность этимъ положеніямъ признаемъ торговый характеръ за даннымъ институтомъ, то, быть можетъ, съ чисто теоретической точки зрѣнія это иногда и будетъ вѣрно, но съ точки зрѣнія законодательства, признающаго особую торговую подсудность, это будетъ явнымъ противорѣчіемъ его смыслу и духу. Имѣя въ виду изложенныя два положенія, мы вправѣ не считать частями науки торговаго права ученія объ акціонерныхъ компаніяхъ, артеляхъ, желѣзно-дорожной перевозкѣ, привилегіяхъ, страхованіи, векселяхъ и т. п.

Первое изъ выставленныхъ нами положеній прямо указываетъ на то, что по вѣрному, или невѣрному—это другой вопросъ—мнѣнію законодателя данное отношеніе не есть торговое. Другія соображенія,—кромѣ желанія не признавать даннаго отношенія торговымъ,—коими могъ руководиться законодатель при изъятіи иска, охраняющаго это отношеніе, изъ вѣдомства торговаго суда, имѣютъ второстепенное значеніе. Вносить подобный институтъ въ кругъ изслѣдованія торговаго права данной страны—догматическая ошибка. Такъ, ученію объ акціонерныхъ компаніяхъ не мѣсто въ нашемъ торговомъ правѣ, ибо по нашему праву, иски между акціонерами и компаніей и между компаніей и сторонними лицами подсудны общимъ судамъ, развѣ бы въ послѣднемъ случаѣ, иски эти вытекали изъ отношеній торговаго свойства или вообще компанія была учреждена для „производства торговыхъ дѣйствій"; въ этихъ случаяхъ, компанія, подобно физическому лицу, становится субъектомъ торговыхъ отношеній, въ силу чего и иски, охраняющіе эти отношенія, подсудны коммерческому суду. Но это не даетъ намъ право вносить ученіе объ акціонерныхъ компаніяхъ въ торговое право. Не мѣсто въ торговомъ правѣ и ученію объ артеляхъ, ибо иски изъ артельнаго договора и между артелью и другими лицами подсудны общимъ судамъ; въ торговомъ правѣ можетъ лишь идти рѣчь объ особенностяхъ артелей, „по торговлѣ употребляемыхъ". То же самое слѣдуетъ сказать и о перевозкѣ по желѣзнымъ дорогамъ; иски желѣзной дороги къ частнымъ лицамъ и частныхъ лицъ къ желѣзной дорогѣ подсудны общимъ судамъ, хотя бы предметомъ перевозки былъ товаръ; въ торговомъ правѣ можно говорить лишь о перевозкѣ по естественнымъ путямъ, при промысловомъ ея характерѣ. Нѣтъ основаній вносить въ торговое право и ученіе о страхованіи; страхованіе есть договоръ обще-гражданскій и иски, изъ него вытекающіе, вѣдаются общими судами; исключеніе составляетъ лишь страхованіе товаровъ, включая туда и морское страхованіе. То же самое слѣдуетъ сказать и о привилегіяхъ на изобрѣтенія—иски о привилегіяхъ

подсудны общимъ судамъ; въ торговомъ правѣ можно говорить лишь о правѣ на фабричные рисунки и медали и т. п.

Переходя ко второму изъ указанныхъ нами положеній, замѣтимъ, что было бы безусловно не вѣрно утверждать: если искъ, вытекающій изъ даннаго отношенія, подсуденъ коммерческому суду, то и самое отношеніе хотя бы въ немъ ничего специфически торговаго не было, является торговымъ. Опытъ показываетъ, что расширеніемъ компетенціи того или другого суда, законодатель вовсе не хочетъ сказать, что расширеніе это нормально, что онъ признаетъ въ самомъ существѣ дѣлъ, введенныхъ въ компетенцію суда, какія-либо особенныя свойства, каковыхъ въ нихъ на самомъ дѣлѣ не имѣется. Могутъ быть самыя разнообразныя (историческія, политическія, практическія и др.) внѣшнія причины такого расширенія компетенціи судовъ. Извѣстно напр., что коммерческимъ судамъ подсудны иски, вытекающіе изъ вексельныхъ обязательствъ, а между тѣмъ признать современный вексель институтомъ торговымъ и вносить его въ кругъ изслѣдованій торговаго права нѣтъ никакихъ основаній. Что онъ возникъ на почвѣ торговли, что онъ и нынѣ всего чаще практикуется въ торговомъ быту, недостаточно для признанія его институтомъ торговаго права. Въ Германіи давно сознана правильность этой мысли, и въ виду особенностей вексельнаго права его не вносятъ ни въ торговое, ни въ обще-гражданское право, а излагаютъ совершенно отдѣльно, какъ специальную область гражданскаго права. Это, конечно, крайность, къ которой прибѣгать нѣтъ надобности—ученіе о векселѣ можетъ быть изложено въ гражданскомъ правѣ.

Всѣ упомянутые институты, несмотря на ихъ безусловно обще-гражданскій характеръ, включены г-ми Цитовичемъ и Шершеневичемъ въ торговое право—у перваго изложеніе ихъ занимаетъ приблизительно одну пятую книги, у второго—одну треть; это—излишекъ, придающій, однако, ихъ торговому праву внѣшнюю округленность и сходство съ настоящимъ торговымъ правомъ.

Независимо отъ искусственнаго расширенія предѣловъ науки торговаго права, названные ученые пользовались такими пріемами, благодаря которымъ у нихъ дѣйствительно получилось подобіе науки русскаго торговаго права. Пріемы ихъ, однако, существенно различны. Проф. Цитовичъ,—да позволено будетъ намъ такъ выразиться—импровизируетъ и изрѣдка излагаетъ матеріи обще-гражданскаго права; проф. же Шершеневичъ излагаетъ преимущественно матеріи общегражданскаго права и изрѣдка импровизируетъ. Конечно, этими пріемами они пользуются при изложеніи такихъ ученій, для которыхъ нѣтъ матеріала въ торговомъ законодательствѣ, а такъ какъ въ этомъ законодательствѣ почти никакого матеріала нѣтъ, то для примѣненія ихъ пріемовъ открывается чрезвычайно широкое поле, поле, охватывающее вѣрныхъ 90% всего торговаго права. Остановимся нѣсколько на разсмотрѣніи этихъ пріемовъ изслѣдованія.

Импровизація проф. Цитовича выражается въ томъ, что, изслѣдуя тотъ или другой институтъ, ненормированный торговымъ уставомъ, онъ выдаетъ за нормы русскаго торговаго права такія положенія, которыя или суть выводы изъ данной квалификаціи того или другого института, или взяты изъ того или другого иностраннаго кодекса, или основаны на намекѣ, имѣющемся въ нашемъ законодательствѣ, или сочинены самимъ авторомъ. На любой страницѣ трудовъ проф. Цитовича можно найти положенія того или другого рода; что положенія эти не могутъ образовать собою, въ совокупности, даже въ научной системѣ, *русскаго* торговаго права—это разумѣется само собой. Не споримъ, что въ результатѣ можетъ получиться очень изящная картина торгово-юридическаго быта; но картина эта будетъ очень далека отъ дѣйствительности, будетъ вполнѣ фантастична, дастъ совершенно ложное пред-

ставленіе о жизни. Для подтвержденія этой мысли возьмемъ нѣсколько наиболѣе рельефныхъ примѣровъ. Проф. Цитовичъ, напр., полагаетъ, что по нашему торговому праву при куплѣ-продажѣ periculum rei переходитъ на покупщика лишь со времени передачи ему товара,—до этой передачи гибель товара „лежитъ на рискѣ“ продавца (Учебникъ, стр. 225. Очеркъ, стр. 154). Въ этомъ положеніи вполнѣ отразились первые три изъ приведенныхъ выше пріемовъ проф. Цитовича. Во-1-хъ, это положеніе вполнѣ послѣдовательно вытекаетъ изъ квалификаціи купли-продажи, какъ обязательства продать и купить; продавецъ обязуется установить право собственности на товаръ путемъ передачи его; до передачи продавецъ собственникъ товара и, слѣдовательно, несетъ рискъ гибели его; съ момента передачи рискъ переносится на новаго собственника, на продавца. Иной выводъ, конечно, получится, если квалифицировать куплю-продажу, какъ обязательство передать уже проданный товаръ; тогда собственникомъ товара является покупщикъ еще до передачи, съ момента заключенія договора, и слѣдовательно, онъ, какъ собственникъ, несетъ рискъ гибели своего товара. Во-вторыхъ, приведенное проф. Цитовичемъ положеніе заимствовано изъ французскаго кодекса. Наконецъ, въ-третьихъ, положеніе это обосновывается проф. Цитовичемъ и ссылкою на нашъ законъ, „не сдѣлавшій для покупки никакого изъятія изъ общаго правила: casum sentit dominus“ (Учебникъ, стр. 225 пр. 3. Очеркъ, стр. 154, пр. 548). Эта ссылка, сама по себѣ вѣрная, вовсе не разрѣшаетъ вопроса въ данномъ случаѣ только и имѣющаго интересъ, а именно: кто dominus товара до передачи его; афоризмъ casum sentit dominus, примѣнимый и къ куплѣ-продажѣ, предполагаетъ вопросъ этотъ уже разрѣшеннымъ въ томъ или другомъ смыслѣ. Полученное путемъ примѣненія трехъ пріемовъ положеніе, выдаваемое за норму русскаго торговаго права, оказывается совершенно чуждымъ ему. Нашъ торговый бытъ выработалъ правило діаметрально противоположное: „по торговому обычаю товаръ идетъ за страхъ и рискъ получателя“ (Мартенсъ, Коммент. т. I, стр. 234. Его-же, Практика спб. комм. суда 1880 и 1881 гг., стр. 212). Не лишнимъ считаемъ привести и примѣръ примѣненія четвертаго пріема—сочиненіе новыхъ нормъ. Такъ проф. Цитовичъ говоритъ, съ полною категоричностью, что коммитентъ, отмѣняя порученіе, обязанъ уплатить коммиссіонеру половину провизіи, если исполненіе еще не начато, но если исполненіе уже начато, то всю (Очеркъ, стр. 69). Въ нашемъ торговомъ правѣ ничего подобнаго нѣтъ; у насъ, по торговому обычаю, коммиссіонеръ имѣетъ право на двѣ трети обычной провизіи въ случаѣ отмѣны порученія вслѣдствіе того, что данный на коммиссіи товаръ не продается (Мартенсъ, Коммент., 271); если же порученіе отмѣняется по произволу коммитента, то коммиссіонеръ получаетъ полное вознагражденіе (ibid. стр. 270, также Судебн. Вѣстн. 1868 г. № 231). Мы не станемъ приводить болѣе примѣровъ, такъ такъ вовсе не намѣрены писать критики трудовъ почтеннаго ученаго; и приведенныхъ примѣровъ достаточно для подтвержденія безпочвенности конструкцій проф. Цитовича: въ сочиненіяхъ своихъ онъ намъ далъ все, что угодно, только не русское торговое право.

Другой нашъ коммерсіалистъ проф. Шершеневичъ, импровизируетъ далеко не въ такой степени; для него сдерживающей силой являются данныя нашей судебной практики, которыми онъ широко пользуется, въ совершенную противоположность проф. Цитовичу. Послѣднему критика часто ставила въ упрекъ игнорированіе нашей судебной практики. Упрекъ едва ли заслуженный. Конечно, какъ это замѣтно и на трудѣ проф. Шершеневича, пользованіе судебной практикой сдерживаетъ теоретиковъ отъ импровизацій, но это лишь до нѣкоторой степени; сама же практика не рѣдко импровизируетъ. Въ изданныхъ доселѣ сборникахъ рѣшеній коммерческихъ судовъ. (Туръ, Мартенсъ, Носенко, Гувицъ и др.) мы видимъ, что суды эти и сенатъ часто строятъ

сложныя теоріи, рѣшительно ни на чемъ не основанныя, и изрѣдка лишь ссылаются на нормы нашего торговаго обычнаго права. Вслѣдствіе этого, импровизація проф. Шершеневича, если можно такъ выразиться, заимствованная, чужая — все импровизированное нашей практикой вошло въ его трудъ; въ этихъ частяхъ трудъ его приближается по характеру къ трудамъ проф. Цитовича. Но есть въ немъ и другая черта: чрезмѣрное наводненіе курса торговаго права положеніями права обще-гражданскаго. Если имѣть въ виду, что торговое право изслѣдуетъ лишь особенности обще-гражданскихъ институтовъ, то о многихъ изъ нихъ въ курсѣ торговаго права приходится сказать лишь пару словъ, отсылая читателя къ обще-гражданскому праву. Никакихъ такихъ отсылокъ у проф. Шершеневича мы не находимъ — онъ преспокойно излагаетъ институты обще-гражданскаго права, указывая попутно тѣ или другія торговыя особенности ихъ; всѣ эти ученія о торговыхъ сдѣлкахъ, о куплѣ-продажѣ, страхованіи, поклажѣ, перевозкѣ и т. д. могли бы быть сведены къ нѣсколькимъ строкамъ, а между тѣмъ они изложены весьма подробно. Это рѣшительное преобладаніе обще-гражданскаго элемента объясняется неправильнымъ взглядомъ г. Шершеневича на торговое право: онъ подъ торговымъ правомъ понимаетъ совокупность нормъ, имѣющихъ *ближайшее* соприкосновеніе съ торговымъ оборотомъ (Курсъ, т. I, стр. 9). Что такое ближайшее соприкосновеніе? Какъ вездѣ и всегда, такъ и тутъ, представленіе о разстояніи вполнѣ относительно—что для одного близко, для другого далеко. Такой критерій слишкомъ шатокъ и произволенъ, чтобы дать основаніе для выдѣленія той или другой части юридическаго быта и нормъ его опредѣляющихъ, въ особую спеціальную область. Не споримъ, есть весьма знаменитые ученые, напр., Эндеманъ (Handb. B. I, S. 8), дающіе такое опредѣленіе торговому праву; но они сейчасъ же дѣлаютъ оговорку, что это опредѣленіе торговаго права въ общирномъ смыслѣ, въ собственномъ же смыслѣ, оно есть совокупность нормъ, заключающихъ въ себѣ особенности, присущія торговымъ правоотношеніямъ, и этотъ послѣдній взглядъ кладутъ въ основу своего изложенія. Примѣняя широкій взглядъ на торговое право, проф. Шершеневичъ, такъ сказать, развязалъ себѣ руки, черпая изъ гражданскаго права все, что можетъ быть какъ общее противополагаемо праву торговому, какъ спеціальному. Благодаря такому пріему, сочиненіе проф. Шершеневича можетъ быть названо, не торговымъ правомъ, а гражданскимъ правомъ, изложеннымъ въ связи съ нѣкоторыми особенностями его, вызванными условіями и потребностями торговаго оборота—мы говоримъ „съ нѣкоторыми", потому что у проф. Шершеневича эти особенности далеко не исчерпаны и часто совершенно безпочвенны, ибо почерпнуты изъ нашей судебно-торговой практики, общую оцѣнку и значеніе которой мы уже представляли выше.

И такъ, не смотря на существованіе курсовъ двухъ извѣстныхъ ученыхъ, у насъ все-таки еще нѣтъ науки русскаго торговаго права. Не можетъ не поражать то обстоятельство, что такой несомнѣнно знающій и испытанный цивилистъ, какъ проф. Цитовичъ, и такой талантливый и многообѣщающій ученый, какъ проф. Шершеневичъ, не могли дать намъ русскаго торговаго права. Сочиненія ихъ дѣйствительно научныя работы, многими частями внесшія цѣнныя вклады въ отечественную науку; не всякому, взявшемуся за составленіе курса русскаго торговаго права, удалось бы такъ выйти изъ затрудненія, какъ они вышли; и все-таки они не дали того, что можно было отъ нихъ ожидать. Почему же имъ не удалось такое, по ихъ личнымъ ресурсамъ, посильное дѣло? Видѣть причину этого въ неразвитости нашей торговли и, слѣдовательно, въ отсутствіи нормъ русскаго торговаго права — нельзя. Торговля наша—и внутренняя и внѣшная—весьма развита: ежедневно совершается неисчислимая масса сложныхъ товарныхъ и денежныхъ, банкирскихъ и биржевыхъ сдѣлокъ; лица, совершающія эти сдѣлки, очевидно, подчиняются извѣст-

нымъ юридическимъ нормамъ; нормы эти не только заключаются въ договорныхъ условіяхъ, какъ leges privatae, но и живутъ въ сознаніи лицъ, совершающихъ сдѣлки, и неизмѣнно, непрерывно и однообразно ими практикуются; это суть нормы обычнаго права. Въ нашемъ торговомъ быту примѣняется масса обычноправовыхъ нормъ, такъ что, въ виду почти полнаго отсутствія нормъ закона; можно сказать, что наше торговое право есть обычное торговое право. Вотъ это-то послѣднее только и можетъ быть предметомъ науки русскаго торговаго права. Если такъ и если имѣть въ виду полное отсутствіе сборниковъ торговыхъ обычаевъ и почти полное незнакомство наше съ этимъ главнѣйшимъ, первенствующимъ источникомъ науки торговаго права, то станетъ понятнымъ почему ученые, отважившіеся писать курсы нашего торговаго права, при всемъ желаніи, не могли выполнить своей задачи. Вотъ причина, почему ни проф. Цитовичъ, ни проф. Шершеневичъ не дали намъ русскаго торговаго права, а лишь искуственно создали нѣчто ему подобное.

Мысль о томъ, что наше торговое право есть почти исключительно торгово-обычное право, можетъ встрѣтить серьезное возраженіе. Можно сказать, что цѣльной системы обычнаго торговаго права у насъ быть не можетъ, ибо образованію и развитію ея законъ полагаетъ рѣшительное препятствіе; онъ заставляетъ при совершеніи и исполненіи торговыхъ сдѣлокъ руководиться общими гражданскими законами и лишь въ тѣхъ случаяхъ, которые ими не нормированы, оставляется брешь для сообразованія своихъ дѣйствій съ торговыми обычаями. Хотя законъ прямо этого не говоритъ, но это будто бы результатъ того, что суды, которые разрѣшаютъ споры о торговыхъ сдѣлкахъ, должны примѣнять сначала торговые законы, а за недостаткомъ ихъ—законы гражданскіе, а за неимѣніемъ и послѣднихъ—нормы торгово-обычнаго права. Если, дѣйствительно, судъ долженъ въ такомъ порядкѣ примѣнять юридическія нормы, то, конечно, этимъ парализуется образованіе торгово-обычнаго права—его нѣтъ и быть не можетъ, потому что всякій разсудительный человѣкъ, предвидящій возможность спора по поводу сдѣлки, въ которую онъ вступаетъ или которую исполняетъ, будетъ сообразоваться съ тѣми юридическими нормами, которыя будутъ примѣняемы судомъ въ случаѣ спора. Если наши торговые дѣятели будутъ знать, что къ ихъ правоотношеніямъ судъ примѣнитъ правила 1 ч. X т., то при совершеніи и исполненіи сдѣлокъ они ихъ и будутъ имѣть въ виду. Понятно, что при такихъ условіяхъ объ образованіи обычнаго права не можетъ быть и рѣчи. Къ счастію, однако, законъ не является такимъ парализующимъ обычное право факторомъ. Наши суды обязаны примѣнять къ торговымъ дѣламъ три рода источниковъ права и въ такомъ порядкѣ: сначала торговые законы, затѣмъ норма обычнаго права и, наконецъ, общегражданскіе законы. „Торговый обычай, говорилъ совершенно справедливо проф. Цитовичъ, въ своемъ „Очеркѣ“, отступаетъ передъ торговымъ закономъ, безусловнымъ и диспозитивнымъ: онъ дѣйствуетъ лишь въ дополненіе торговымъ законамъ; но передъ торговымъ обычаемъ отступаетъ гражданскій диспозитивный законъ—его отставляетъ торговый обычай“ (стр. 25). Это основано и на нашемъ торговомъ законѣ (у. с. т. ст. 154. 352), не потерявшимъ свое значеніе и по настоящее время [1]). Новое изданіе нашего торговаго устава (1887 г.) ни на одну іоту не измѣнило положеніе этого вопроса. Хотя въ изданіи этомъ помѣщена новая первая статья, перечисляющая источники нашего торговаго права, но ею не измѣненъ и не могъ быть измѣненъ порядокъ ихъ примѣненія. Статья гласитъ: „права и обязанности, происте-

---

[1]) Слова „законъ“ и „положительный“ законъ, употребленныя въ цитированныхъ статьяхъ мы понимаемъ въ смыслѣ „торговаго закона“, т.-е. такъ какъ, ихъ понималъ проф. Цитовичъ, въ „Очеркѣ“ (стр. 21), а не такъ, какъ онъ ихъ нынѣ понимаетъ въ Учебникѣ (стр. 37, пр. 3).

кающія изъ сдѣлокъ и отношеній, торговлѣ свойственныхъ, опредѣляются торговыми законами; въ случаѣ недостатка этихъ законовъ примѣняются законы гражданскіе и принятые въ торговлѣ обычаи". Оба наши коммерсіалиста придали этой статьѣ особенное значеніе. Проф. Шершеневичъ, хотя въ весьма уклончивой формѣ, заявляетъ, что появленіе этой статьи весьма важно во второй ея части и лишь въ примѣчаніи говоритъ, что „новизна" ея заключается въ измѣненіи порядка примѣненія источниковъ торговаго права (т. I, стр. 60). Выходитъ,—вѣроятно, въ виду того, что въ статьѣ три формы источниковъ расположены въ данномъ порядкѣ,—что и примѣняться они должны именно въ такомъ порядкѣ, т.-е. сначала торговый законъ, затѣмъ общегражданскій законъ и, наконецъ, обычай. Иначе выражается проф. Цитовичъ: онъ въ Учебникѣ торговаго права категорически заявляетъ, ссылаясь на 1 ст. у. т., что именно таковъ порядокъ примѣненія источниковъ по русскому праву (стр. 37). При этомъ онъ сознается, что порядокъ, имъ нынѣ принятый, *менѣе благопріятенъ* для обычнаго права, чѣмъ тотъ, который указанъ въ „Очеркѣ". Но, говоритъ онъ, наши гражданскіе и торговые законы въ такомъ видѣ, что для дѣйствія торговаго обычая открывается самый широкій просторъ. Выходитъ, что обычаю у насъ опасности никакой не угрожаетъ: хотя онъ и долженъ примѣняться въ случаѣ недостатка гражданскихъ законовъ, т.-е. стоитъ на третьемъ мѣстѣ, но въ виду недостаточности послѣднихъ, на самомъ дѣлѣ, будетъ стоять на второмъ мѣстѣ. Это соображеніе безусловно невѣрно. Порядокъ примѣненія источниковъ, принятый проф. Цитовичемъ, не только менѣе благопріятенъ для обычнаго права, чѣмъ всякій другой, но онъ положительно вреденъ и парализуетъ образованіе и развитіе обычнаго права въ самомъ зародышѣ и притомъ не только у насъ, но и вездѣ, совершенно безотносительно къ качеству того или другого общегражданскаго кодекса. Если говорятъ, что при недостаткѣ торговыхъ законовъ примѣняются законы гражданскіе, то вѣдь этимъ не хотятъ сказать, что если въ торговомъ кодексѣ нѣтъ потребной статьи, то примѣняется непремѣнно опредѣленная статья гражданскаго кодекса; хорошо, если статья, прямо разрѣшающая данный случай, имѣется,— а если ея нѣтъ? Конечно, примѣняется правило, соотвѣтствующее „общему смыслу законовъ", т.-е. правило, прямо не выраженное въ кодексѣ, а скрытое въ содержаніи отдѣльныхъ статей. Въ этомъ смыслѣ всегда и понимается примѣненіе законовъ. Если такъ, то при порядкѣ примѣненія источниковъ, указанномъ проф. Цитовичемъ, исключается всякая возможность примѣненія нормъ обычнаго права; правило, соотвѣтствующее „общему смыслу" гражданскихъ законовъ, всегда будетъ найдено и восполнитъ пробѣлъ въ торговыхъ законахъ. Возьмемъ уже выше приведенный примѣръ periculum rei при куплѣ-продажѣ. Если слѣдовать порядку принятому проф. Цитовичемъ, то въ виду недостатка торговаго закона по этому вопросу, его надлежитъ разрѣшить на основаніи 1 ч. X т. Такъ дѣлаетъ и проф. Цитовичъ; но онъ не находитъ статьи, прямо разрѣшающей этотъ вопросъ, и обращается къ общему смыслу законовъ—правильно или неправильно, это иной вопросъ—и на основаніи его заявляетъ, что periculum rei до передачи лежитъ на продавцѣ. Мы выше уже замѣтили, что положеніе это совершенно чуждо нашему торговому праву; оно, конечно, не получилось бы, если приложить иной порядокъ примѣненія источниковъ, а именно: торговый законъ, обычай и гражданскій законъ. Значитъ, нельзя сказать, что порядокъ, указанный проф. Цитовичемъ, только менѣе благопріятенъ для обычая и не вредитъ тамъ, гдѣ кодексъ гражданскій изобилуетъ пробѣлами. Примѣненіе одного порядка приводитъ къ вытѣсненію обычая, а примѣненіе другого—къ его признанію; первый результатъ не можетъ быть устраненъ тѣмъ, что въ кодексѣ гражданскомъ имѣются пробѣлы— ихъ всегда можно наполнить содержаніемъ, взятымъ изъ самого кодекса.

Но, можетъ быть, дѣйствительно 1 ст. уст. торг. есть новый законъ,

измѣнившій прежній порядокъ примѣненія источниковъ торговаго права? На этотъ вопросъ можетъ быть данъ только безусловно отрицательный отвѣтъ. Во-первыхъ, статья эта есть лишь кодификаціонная выставка и какъ таковая формально (хотя, быть можетъ, и не матеріально) основана на общихъ источникахъ нашихъ торговыхъ законовъ и не можетъ противорѣчить содержанію законовъ, не отмѣненныхъ (пр. 1 къ ст. 592 у. т. § 187, ст. 154, 352 у. с. т.),—законовъ, отводящихъ обычаю, не третье, а второе мѣсто. Во-вторыхъ, если законъ даетъ извѣстное перечисленіе, то къ порядку, въ которомъ слѣдуютъ перечисленныя понятія, слѣдуетъ относиться съ большою осторожностію; такъ, если перечисляются виды нормъ, подлежащихъ примѣненію къ юридическимъ отношеніямъ, то порядокъ перечисленія можетъ и не совпадать съ порядкомъ примѣненія. Въ данномъ случаѣ законъ говоритъ, что примѣняются торговые законы, а при недостаткѣ ихъ—гражданскіе законы *и* обычаи. Тутъ порядокъ перечисленія еще не указываетъ на порядокъ примѣненія трехъ формъ; указывается порядокъ примѣненія лишь двухъ формъ: торговаго закона на одной сторонѣ, гражданскаго закона и обычая на другой. Несомнѣнно, что сначала примѣняются торговые законы, а затѣмъ гражданскіе законы и обычаи; порядокъ же примѣненія гражданскихъ законовъ и обычаевъ не указанъ; они составляютъ одну группу нормъ, примѣняемыхъ послѣ торговаго закона; но чтобы изъ упоминанія внутри этой группы сначала гражданскаго закона, а затѣмъ обычая, можно было вывести, что и примѣненіе ихъ должно слѣдовать въ такомъ же порядкѣ—для этого нѣтъ достаточныхъ данныхъ. Вѣдь законъ говоритъ, что гражданскими законами и обычаями слитно восполняются торговые законы; ничто не мѣшало законодателю сказать, что въ случаѣ недостатка торговыхъ законовъ примѣняются гражданскіе законы, *а въ случаѣ недостатка* послѣднихъ—обычаи; но онъ этого не сдѣлалъ, и вставлять эти слова въ статью путемъ интерпретаціи, конечно, невозможно.

Въ виду изложенныхъ соображеній, мы остаемся при томъ, что у насъ и прежде, и нынѣ законъ не оказывалъ и не оказываетъ разрушающаго дѣйствія на образованіе и развитіе обычнаго торговаго права; что у насъ всегда была и есть своя цѣльная система торговаго обычнаго права; что русское торговое право есть почти исключительно обычное торговое право, и что это послѣднее только и можетъ быть предметомъ изслѣдованія науки русскаго торговаго права. Пока не будутъ собраны и обнародованы наши торговые обычаи, о наукѣ русскаго торговаго права нечего мечтать, и всякая попытка создать эту науку, игнорируя торгово-обычное право, окажется вполнѣ неудачною; это будетъ лишь русское торговое право по названію.

Какъ собрать наше торговое обычное право? Это вопросъ первостепенной важности, вопросъ гамлетовскій для науки русскаго торговаго права. Усилія отдѣльныхъ ученыхъ, которые бы взялись за дѣло собиранія торговыхъ обычаевъ, тутъ не могутъ увѣнчаться полнымъ успѣхомъ. Лица и учрежденія, знакомыя съ торговыми обычаями, въ цѣломъ или въ частяхъ, не настолько близко принимаютъ къ сердцу интересы науки, чтобы приняться за приведеніе въ порядокъ своихъ знаній и изложить ихъ въ стройной формѣ. Положительный результатъ можетъ быть достигнутъ лишь совокупною дѣятельностью правительства, общества и отдѣльныхъ ученыхъ. Мы предложили бы такую организацію. Въ центрѣ всего дѣла собиранія торговыхъ обычаевъ должна стоять особая коммиссія (подобно коммиссіи для собиранія народныхъ юридическихъ обычаевъ при Географ. Обществѣ), изъ лицъ теоретически и практически знакомыхъ съ торговымъ правомъ, выбранныхъ изъ среды ученаго общества, напр. петербургскаго юридическаго. На коммисію эту должно быть возложено: въ 1-хъ, составленіе, при участіи и другихъ спеціалистовъ, и отпечатаніе обстоятельной программы для собиранія торговыхъ обычаевъ; программа эта

должна обнимать собою не только общіе вопросы торговаго права, но и вопросы по отдѣльнымъ отраслямъ торговли; во-2-хъ, комиссія должна привести въ порядокъ доставленный матеріалъ и озаботиться изданіемъ его въ видѣ сборника тезисовъ, съ разъяснительными, въ потребныхъ случаяхъ, замѣчаніями. Только эти двѣ функціи и подобаютъ коммиссіи, состоящей при ученомъ обществѣ. Третья возможная въ этомъ дѣлѣ функція: добываніе матеріала, не можетъ быть выполнена коммиссіею—тутъ нужна не только помощь, но и активная дѣятельность правительства. Намъ кажется, что можно разсчитывать на содѣйствіе двухъ министерствъ: юстиціи и финансовъ. Участіе министерства юстиціи могло бы выразиться въ предписаніи предсѣдателямъ семи русскихъ коммерческихъ судовъ возложить на одного изъ членовъ суда, по ихъ низначенію, просмотръ состоявшихся въ судѣ за послѣднія 25—30 лѣтъ рѣшеній, съ цѣлью сдѣлать изъ нихъ выписки тѣхъ частей, въ которыхъ судъ прямо ссылается на торговые обычаи. При этомъ желательно, чтобы министерство въ точности опредѣлило срокъ, къ которому работа членовъ должна быть окончена. Для петербургскаго коммерческаго суда это дѣло облегчено тѣмъ, что уже имѣются въ печати нѣсколько томиковъ его практики. Полученныя отъ судовъ свѣдѣнія министерству надлежитъ доставить въ коммиссію, и этимъ роль его оканчивается. Въ нѣсколько иномъ видѣ представляется намъ дѣятельность министерства финансовъ. Этому министерству должно быть близко дѣло собранія торговыхъ обычаевъ; самъ законъ возлагаетъ на подвѣдомственныя ему учрежденія обязанность „составленія сводовъ торговыхъ обычаевъ"—это возложено на петербургскій и московскій биржевые комитеты (прил. къ ст. 592 у. т. I, ст. 66, п. 2, IV ст. 39 п. 12). Мы этимъ вовсе не хотимъ сказать, что министерство должно настоять на исполненіи комитетами этой обязанности—это безполезно; составленіе свода торговыхъ обычаевъ—дѣло слишкомъ трудное. Трудностью его и объясняется безуспѣшность всѣхъ попытокъ Петербургскаго биржевого комитета кодифицировать обычное право, попытокъ, начавшихся съ 1871 г. (см. Золотаревъ н. с., стр. 5). Будетъ вполнѣ достаточно, если министерство возложитъ на комитеты посильную работу и притомъ такую же, какъ и на другихъ лицъ и учрежденій, а именно: обязательное доставленіе отвѣтовъ на програму, составленную коммиссіею для собиранія торговыхъ обычаевъ Программа эта, собственно говоря, и должна быть составлена спеціально для министерства финансовъ, которому принадлежитъ разсылать ее: комитетамъ мануфактуры и торговли, биржевымъ комитетамъ, собраніямъ гласныхъ или выборныхъ биржевого общества, ярмарочнымъ комитетамъ, биржевымъ маклерамъ, старостамъ старѣйшихъ биржевыхъ артелей, представителямъ крупныхъ торговыхъ фирмъ и банкирскихъ домовъ и другимъ лицамъ, прикосновеннымъ торговлѣ и могущимъ дать потребныя свѣдѣнія. Разсылая программы, министерству, въ виду важности требуемыхъ свѣдѣній, слѣдуетъ обращаться и къ частнымъ лицамъ, прикосновеннымъ торговлѣ съ предложеніями дать отвѣты на предлагаемые вопросы. Пусть это будетъ личною повинностью: министерство, на обязанности котораго лежитъ забота о развитіи торговли, въ правѣ возложить ее на лицъ, состоящихъ, благодаря прикосновенности ихъ торговлѣ, въ его вѣдѣніи. И тутъ доставкѣ отвѣтовъ долженъ быть положенъ точный срокъ.

Вотъ при какихъ условіяхъ возможно собрать русскіе торговые обычаи или, что то же, при какихъ условіяхъ возможно созданіе науки русскаго торговаго права. Нечего, кажется, распространяться о теоретическихъ и практическихъ результатахъ созданія этой науки. Она внесетъ новый свѣтъ въ русскую науку права вообще и въ гражданское право въ частности; специфическая особенность того или другого общегражданскаго института нерѣдко освѣщаетъ новыя стороны его; стоитъ лишь вспомнить о томъ значеніи, какое

имѣлъ германскій торговый кодексъ для проекта общегерманскаго гражданскаго уложенія. То же самое мы видимъ и въ наукѣ: положенія, выработанныя торговымъ правомъ, съ большою пользою утилизируются гражданскимъ правомъ. Практическій результатъ созданія науки русскаго торговаго права долженъ быть не менѣе важенъ. Съ каѳедръ и въ литературѣ будутъ излагаться не импровизаціи, а данныя реальной дѣйствительности; настоящіе и будущіе судебные дѣятели найдутъ въ наукѣ торговаго права должную поддержку, вѣрный свѣтильникъ для своей дѣятельности — найдутъ въ ней то, чего теперь не находятъ. Съ другой стороны, выиграетъ отъ этого и законодательство. Можемъ ли мы въ настоящее время думать объ изданіи приличнаго торговаго кодекса? Не зная своего торгово-юридическаго быта, что мы рискуемъ внести въ этотъ кодексъ? Исторія кодификаціи торговаго права всѣхъ культурныхъ народовъ показываетъ, что не только первые кодексы торговые были сборниками торговыхъ обычаевъ, но что и дальнѣйшія измѣненія и улучшенія этихъ кодексовъ выражались во внесеніи въ нихъ новыхъ и новыхъ торговыхъ обычаевъ. Чѣмъ же мы хуже другихъ? Неужели нашему торговому быту можетъ быть навязанъ кодексъ, представляющій собою или измышленіе кодификаторовъ, или конгломератъ изъ положеній разныхъ иноземныхъ кодексовъ? Уберечь насъ отъ такого опаснаго предпріятія можетъ лишь собраніе торговыхъ обычаевъ и тщательная строго-научная ихъ разработка. А пока о кодификаціи и думать нечего.

---

## II.

## Охраняется ли право на фирму нашимъ закономъ? [1])

Отсутствіе въ нашемъ законодательствѣ прямого указанія на то, что *право на фирму* охраняется отъ нарушенія, дало поводъ утверждать, что законъ нашъ собственно права на фирму не признаетъ [2]): Не отрицая того несомнѣннаго факта, что у насъ прямого закона, охраняющаго фирмы нѣтъ; раздѣляя вполнѣ тѣ сожалѣнія, которыя по этому поводу высказываются, мы, однако, далеки отъ мысли не признавать у насъ фирменнаго права вообще; искать его основы въ обычномъ правѣ нѣтъ надобности — если законъ не содержитъ въ себѣ опредѣлительнаго правила о данномъ правѣ, а даетъ рядъ правилъ охранительныхъ, то и этого вполнѣ достаточно, чтобы сказать, что онъ данное право признаетъ. Мы склонны думать, что у насъ законъ даетъ гораздо больше средствъ охраненія фирменнаго права, чѣмъ тамъ, гдѣ право это прямо признается; средства, коими располагаетъ нашъ законъ, чрезвычайно разнообразны и касаются самыхъ разнообразныхъ случаевъ внѣшняго выраженія фирмы.

Прежде чѣмъ обратиться къ разсмотрѣнію этихъ средствъ, скажемъ нѣсколько словъ о существѣ и внѣшнемъ выраженіи фирмы. Фирма какъ наименованіе индивидуализируетъ торговое предпріятіе; съ нею соединяется пред-

---

[1]) Юрид. Лѣтоп. 1892, кн. 1.

[2]) Шершеневичъ, Курсъ торговаго права т. I, стр. 127: „Право на фирму признано нашимъ обычнымъ правомъ". Въ томъ же смыслѣ выражается Башиловъ, Русское торг. пр. стр. 126. Колумбусъ, Фирма по нашимъ торговымъ законамъ въ Ж. гр. и у. пр. 1882 г. кн. 1, стр. 99—100.

ставленіе о состояніи, качествѣ, родѣ этого предпріятія; разъ сложилось извѣстное представленіе о предпріятіи, носящемъ опредѣленную фирму, послѣдняя получаетъ экономическое значеніе для владѣльца предпріятія; фирма пріобрѣтаетъ довѣріе—ростетъ кліентура, подымается кредитоспособность владѣльца предпріятія; источникъ его дохода увеличивается; въ глазахъ же кліентовъ и контрагентовъ онъ какъ бы отступаетъ на второй планъ, а на первый — выдвигается предпріятіе, носящее опредѣленную фирму; публика довѣряетъ фирмѣ, контрагенты вѣрятъ ей. Въ виду этого фирма пріобрѣтаетъ не только частное, но и публичное значеніе; нарушеніе права на нее, выражающееся въ формѣ заимствованія, т.-е. присвоенія существующей фирмы другому предпріятію, поражаетъ не только интересъ владѣльца предпріятія— отъ него отвлекаются кліенты, его кредитоспособность можетъ пасть — но и интересъ общества: публика вводится въ заблужденіе, вводятся въ заблужденіе и торговые контрагенты. Потому-то нѣтъ ничего удивительнаго въ томъ, что средства охраненія фирменнаго права не тождественны съ средствами охраненія правъ гражданскихъ или, вѣрнѣе, не суть исключительно средства охраны гражданскихъ правъ, но и выражаются въ формѣ охраны правъ публичныхъ; органами, охраняющими фирменное право, должны являться не только судъ, но и администрація и не только судъ гражданскій, но и судъ уголовный.

Фирма не есть лишь отвлеченное представленіе; какъ таковое она живетъ въ сознаніи людей и связана, какъ мы сказали, съ представленіемъ о характерѣ предпріятія; характеръ же предпріятія дается ему владѣльцемъ и его сотрудниками. Но фирма кромѣ того, выражается во внѣ, въ осязательной формѣ—какъ имя, какъ внѣшній знакъ. Она иногда совпадаетъ съ именемъ владѣльца, но можетъ и не совпадать; можетъ быть обозначено другое гражданское имя, и кромѣ имени могутъ быть изображены и другіе предметы: государственный гербъ, какъ знакъ поставщика двора или какъ награда, полученная на выставкѣ, ордена, медали, затѣмъ различныя изображенія въ родѣ льва, краснаго креста, картины и т. д., наконецъ, въ видѣ приписки „бывшій“, „преемники“, „вдова“, „братья“ и т. п. Это изображеніе фирмы и можетъ быть воспроизведено на различныхъ предметахъ, различнымъ образомъ. Въ этихъ случаяхъ мы говоримъ о внѣшнемъ выраженіи фирмы. Выражается она во внѣ, въ вывѣскѣ заведенія и помѣщенія предпріятія, въ бланкахъ счетовъ, прейсъ-курантовъ, писемъ и т. п., въ подписи актовъ, исходящихъ отъ предпріятія и въ фабричномъ и ремесленномъ клеймѣ, набиваемомъ или наклеиваемомъ на товаръ. Эти внѣшнія выраженія фирмы, именно въ той или другой ихъ формѣ, и даютъ возможность заимствованія. Заимствованіе фирмы, какъ нарушеніе правъ на нее, не есть абстракція; оно выражается въ видѣ дѣйствія, направленнаго на ту или другую форму внѣшняго выраженія фирмы—на заимствованіе вывѣски, бланка, подписи и клейма. Вотъ нашъ законъ и даетъ рядъ средствъ охраненія фирмы не только вообще, т.-е. безотносительно къ формѣ ея внѣшняго выраженія, но и въ отношеніи къ той или другой формѣ ея. Средства эти, сообразно органамъ, вѣдающимъ дѣло охраны правъ на фирму, могутъ быть сведены къ двумъ группамъ: судебныя и административныя. Первыя распадаются на двѣ категоріи: средства общія и спеціальныя, смотря по тому являются ли компетентными общіе суды или судъ спеціальный. Къ общимъ судебнымъ средствамъ относится, во-первыхъ, гражданскій искъ и, во-вторыхъ, уголовное преслѣдованіе на общихъ основаніяхъ; къ спеціальнымъ—и то, и другое, входящіе въ вѣдѣніе ремесленной управы. Что касается средствъ административныхъ, то всѣ они предупредительнаго свойства и исходятъ отъ различныхъ правительственныхъ установленій.

I. *Судебныя средства. А*) *Общія*, а именно *а*) *Гражданскій искъ*. Владѣлецъ предпріятія, носящаго опредѣленную форму, имѣя исключительное

право на нее, заинтересованъ въ томъ, чтобы фирма его не была заимствована, чтобы на вывѣскѣ, бланкѣ, подписи и клеймѣ другого предпріятія не было изображенія его фирмы. Если же разъ фирма заимствована такъ или иначе, то онъ вправѣ требовать, чтобы не только впредь заимствованіе не продолжалось, но и чтобы тотъ ущербъ, который ему причиненъ за прошлое время, былъ возмѣщенъ. Въ виду этого въ его распоряженіи должны быть два иска: a) искъ о запрещеніи нарушителю пользоваться чужою фирмою и b) искъ о вознагражденіи за убытки, причиненные заимствованіемъ. a) *Искъ о запрещеніи* признанъ нашею судебною практикою, исходящею изъ общихъ соображеній о томъ, что съ пользованіемъ фирмою связаны матеріальные интересы и слѣд. заимствованіе чужой фирмы поражаетъ эти интересы, въ виду чего право на фирму можетъ быть возстановлено судомъ путемъ воспрещенія нарушителямъ пользованія ею [1]). Эти соображенія сами по себѣ вѣрны, но они лишены догматической почвы и практическаго значенія. Нашъ законъ не содержитъ въ себѣ никакихъ указаній на подобные иски; практическаго же значенія иски эти лишены тамъ, гдѣ не признается за судомъ право налагать штрафъ и требовать т.-наз. cautio de non amplius turbando [2]): сегодня судъ запретилъ заимствованіе, а завтра оно снова сдѣлано. У насъ эти иски не могутъ имѣть самостоятельнаго значенія: они въ нѣсколько иной квалификаціи являются исками придаточными, сопутствующими искамъ о вознагражденіи за убытки. Квалифицированы они должны быть, какъ иски объ уничтоженіи тѣхъ вещей, на которыхъ воспроизведена фирма, вещей, производствомъ коихъ причиненъ убытокъ, и дальнѣйшимъ существованіемъ коихъ убытокъ этотъ продолжаетъ причиняться, напр. какъ иски о снятіи вывѣски, объ уничтоженіи бланковъ и т. п. Эти иски предусмотрѣны ст. 685 ч. 1 т. X, именно какъ иски, связанные съ искомъ о вознагражденіи за убытки, и въ этомъ качествѣ они не лишены практическаго значенія, т.-е. вполнѣ осуществимы, ибо, „буде отвѣтчикъ не исполнитъ... рѣшенія въ назначенный срокъ, то сіе исполняется на его счетъ“—говоритъ ст. 685, находящая свою санкцію въ ст. 934 и 937 у. г. с. b) *Искъ о вознагражденіи за убытки*. Ст. 574. 644 и 684 ч. 1 т. X такъ широко редактированы, что не признавать за владѣльцемъ фирмы права требовать вознагражденія за убытки отъ лица заимствовавшаго—нельзя [3]). На этотъ счетъ никакого разногласія ни въ теоріи, ни въ практикѣ нѣтъ и быть не можетъ. Весь вопросъ тутъ въ практическомъ исходѣ этихъ исковъ. Наша практика по процессамъ объ убыткахъ такъ неудовлетворительно поставлена, проникнута такимъ формализмомъ, что далеко не всякій ущербъ можетъ быть дѣйствительно возмѣщенъ; судъ требуетъ точныхъ доказательствъ размѣра убытковъ не только при damnum emergens, что еще кое-какъ осуществимо, но и при lucrum cessans, что уже совсѣмъ неосуществимо для истца. Такая практика не только не основана на законѣ, а прямо ему противорѣчитъ [4]); мало того, она противорѣчитъ тѣмъ положеніямъ, которыя самою практикой выставляются; допустить вознагражденіе за lucrum cessans и требовать точныхъ доказательствъ размѣра убыт-

---

[1]) Носенко, Уставъ торг. стр. 163. Взглядъ этотъ принятъ Шершеневичемъ, Курсъ т. I стр. 127, и Башиловымъ, Русск. торгов. право стр. 132.

[2]) Unger, System d. öst, P. R. B. 2 S. 610 Anm. 21.

[3]) Законъ прямо указываетъ на одинъ случай, когда можетъ быть предъявленъ искъ о вознагражденіи за убытки, причиненные заимствованіемъ фирмы, а именно когда подделано фабричное клеймо. См. ст. 1354 ул. о наказ.

[4]) Законъ нашъ знаетъ случай ущерба въ кредитѣ и предписываетъ вознаградить за сіи потери и убытки по усмотрѣнію и опредѣленію суда (ст. 670 ч. I т. X).

ковъ, какъ дѣлаетъ наша практика, значитъ выставлять два положенія одно другое вытѣсняющихъ [1]).

*б. Уголовное преслѣдованіе.* Не всякое заимствованіе чужой фирмы, какъ таковое, у насъ уголовно наказуемо; изъ четырехъ формъ внѣшняго выраженія фирмы, воспроизведеніе лишь въ одной изъ этихъ фирмъ возведено въ особое уголовное правонарушеніе;—это воспроизведеніе чужого фабричнаго клейма. Относительно поддѣлки *клеймъ* въ уложеніи содержится прямое указаніе на наказуемость ея (ст. 1354 ул., ст. 160 у пром.), причемъ условіемъ послѣдней и теорія, и практика признаютъ утвержденіе фабричнаго клейма со стороны департамента мануфактуръ и торговли [2]); поддѣлка-же фабричнаго клейма неутвержденнаго, какъ и клейма ремесленнаго, не можетъ быть квалифицирована, какъ преступленіе, предусмотрѣнное уложеніемъ. Ненаказуема и сама по себѣ поддѣлка бланковъ, прейсъ-курантовъ и т. п., развѣ бы въ конкретныхъ случаяхъ поддѣлка эта явилась средствомъ введенія въ заблужденіе и какъ обманное дѣйствіе входила въ составъ мошенничества [3]).

*Б. Спеціальныя судебныя средства.* Средства эти заключаются въ защитѣ фирменнаго права со стороны спеціальнаго суда, каковымъ у насъ, въ мѣстностяхъ, гдѣ не введены судебные уставы, является судъ цеховой и ремесленной управы. Споры между ремесленниками одного и того же цеха вѣдаются цеховою управою (ст. 2 прил. къ ст. 332 у. пром.); къ спорамъ этимъ могутъ быть отнесены и споры о нарушеніи фирменнаго права.

II. *Средства административныя.* Всѣ они, какъ мы выше замѣтили, характера предупредительнаго: благодаря дѣятельности органовъ власти административной, пресѣкается возможность пользоваться заимствованной фирмой. Такъ, во-первыхъ, практикой учрежденій, завѣдывающихъ выдачею торговыхъ билетовъ (уѣздныя казначейства, городскія управы и др.) выработано и примѣняется правило, что лицамъ, заявляющимъ чужую фирму, эти билеты не выдаются [4]). Такая практика совершенно согласна съ закономъ; торговые билеты выдаются опредѣленнымъ лицамъ, взявшимъ предварительно гильдейское или промысловое свидѣтельство; въ послѣднемъ значится гражданское имя лица, тутъ обозначенію фирмы нѣтъ мѣста; это же, и никакое другое, имя можетъ быть обозначено въ билетѣ. Во-вторыхъ, лицо, открывающее торговое заведеніе и исполнившее всѣ фискальныя требованія, должно исходатайствовать разрѣшеніе мѣстной власти (ст. 103 пол. пошл., ст. 69, 70 у пром., ст. 1346, 1347 ул.); и тутъ измѣненіе имени не можетъ произойти. Въ-третьихъ, хотя законъ неоднократно упоминаетъ о вывѣскахъ торговыхъ заведеній и помѣщеній (ст. 330, 387 у. пром., ст. 24 п. 2 прим. пол. пошл., ст. 69 пол. тракт., ст. 7, прав. о суд. к. и др.), но о соотвѣтствіи ихъ съ фирмою предпріятія не упоминаетъ; набивка вывѣски съ безличнымъ именемъ, напр.: „Au bon gout“, „Дѣтскій рай“ и т. п., безъ обозначенія фирмы предпріятія, конечно, никакъ воспрепятствовано быть не можетъ; но вывѣска съ обозначеніемъ чужого гражданскаго имени набита быть не можетъ. Учрежденія, на коихъ лежитъ надзоръ за торговыми заведеніями (ст. 92 и слѣд. пол. пошл.), не должны допускать набивки вывѣсокъ съ обозначеніемъ ложной фирмы; заведеніе съ такой вывѣской будетъ не тѣмъ, на открытіе коего данное лицо

---

[1]) Ср. Башиловъ н. с. стр. 132—137. Вопросъ о необходимости доказать размѣръ убытковъ не есть затрудненіе чисто процессуальнаго свойства, какъ думаетъ г. Шершеневичъ (Курсъ т. I стр. 128).

[2]) Неклюдовъ, Руков. къ особ. ч. русск. угол. пр. т. IV стр. 585.

[3]) Сергѣевскій, О мошенничествѣ. Юридическая Лѣтопись, 1890 г. Ноябрь стр. 390 и слѣд.

[4]) Башиловъ, н. с. стр. 133.

имѣетъ право—это будетъ открытіе заведенія безъ надлежащаго свидѣтельства и билета (ст. 117 пол. пошл.), да и полиція, не только обязанная содѣйствовать торговой администраціи, но и наблюдающая за внѣшнимъ благочиніемъ, не должна дозволить набивку вывѣски лицомъ, имя коего не совпадаетъ съ именемъ, обозначеннымъ на вывѣскѣ. Въ-четвертыхъ, на печатаніе клеймъ, бланковъ, ярлыковъ и пр. требуется разрѣшеніе мѣстнаго полицейскаго начальства (ст. 41 у. ц.), причемъ полиція не въ правѣ дать дозволенія на печатаніе произвольныхъ изображеній; если о дозволеніи проситъ не то лицо, имя коего означено на клеймѣ, ярлыкѣ, бланкѣ и т. п., то полиція, какъ учрежденіе, обязанное предупреждать и пресѣкать преступленія, не можетъ дозволить печатанія. Въ-пятыхъ, департаментъ мануфактуры и торговли, въ функціи котораго входитъ утвержденіе фабричныхъ и заводскихъ клеймъ, можетъ отказать въ утвержденіи, если „уже есть подобное, отъ коего представленное недовольно различено“ (ст. 160 п. 5 у. пром.)—чѣмъ, разумѣется, предотвращается воспроизведеніе на клеймѣ чужой фирмы. Что же касается ремесленнаго клейма, то оно выдается цеховою управою и уже, конечно, соотвѣтствуетъ гражданскому имени мастера (ст. 434 у. пром.). Наконецъ, въ шестыхъ, биржевые и корабельные маклера и биржевые нотаріусы не въ правѣ участвовать въ совершеніи сдѣлки отъ имени ложной фирмы; это выводъ изъ того, что лица эти отрѣшаются отъ должности за несообщеніе одной сторонѣ объ обманѣ, совершенномъ другой стороной (ст. 1322, 1324, 1325 ул.); въ виду такой строгой кары, понятно, лица эти, видя, что одинъ изъ контрагентовъ пользуются фирмою, не совпадающею съ его гражданскимъ именемъ, должны провѣрить это обстоятельство и, обнаруживъ пользованіе чужою фирмою, сообщить о томъ противной сторонѣ.

Вотъ какими разнообразными средствами, и предупредительными, и возстановительными, охранено у насъ фирменное право.

---

# V. ГРАЖДАНСКІЙ ПРОЦЕССЪ.

## I.

## Объ отношеніи гражданскаго судопроизводства къ гражданскому праву [1].

Вступительная лекція, читанная 9-го октября 1878 г. въ Императорскомъ Училищѣ Правовѣдѣнія.

Мм. Гг. Гражданское судопроизводство, какъ наука, есть ученіе о судебномъ осуществленіи гражданскихъ правъ, подвергшихся нарушенію. Всякое право естественно стремится къ осуществленію, т.-е. къ созданію того фактическаго состоянія, которое вполнѣ соотвѣтствуетъ его содержанію; оно какъ средство охраны интересовъ, по существу, носитъ въ себѣ самомъ это стремленіе; самое понятіе интереса предполагаетъ стремленіе къ его удовлетворенію, предполагаетъ цѣль, которая должна быть достигнута; интересъ этотъ удовлетворяется, цѣль эта достигается, когда наступаетъ то фактическое состояніе, которое соотвѣтствуетъ содержанію права. Но, въ дѣйствительности, абсолютно мирное, спокойное, безпрепятственное осуществленіе права,— явленіе немыслимое. Человѣческое общество уже такъ сложилось, что, наоборотъ, въ явленіе неизбѣжное обратились столкновенія между людьми изъ-за осуществленія права; еще не было такого общества гдѣ-бы начала honeste vivere, alterum non lædere, suum cuique tribuere абсолютно не нарушились; злыя побужденія, крайняя необходимость, различіе воззрѣній на предѣлы своего и чужого права являются преградами на пути спокойнаго осуществленія права. Казалось-бы, что человѣкъ, встрѣтивъ препятствія въ осуществленіи своего права, всего лучше самъ, личною силою, могъ-бы его осуществить. Такъ и было въ древнѣйшую эпоху жизни общества: собственникъ самъ отбиралъ свою вещь у лица, во владѣніи котораго она находилась; кредиторъ самъ бралъ изъ имущества должника столько, сколько ему нужно было для удовлетворенія. Общество съ теченіемъ времени все съуживало область примѣненія начала самозащиты, самоудовлетворенія, доведя его до возможнаго минимума. Это прогрессивное движеніе общества есть выраженіе постепенно проникающаго сознанія негодности этого начала, какъ начала, ставящаго разрѣшеніе вопроса о правѣ въ зависимость отъ произвола (кредитору ничто не мѣшаетъ взять у должника вещь, значительно превышающую стоимостью

---

[1]) Журн. гражд. и угол. права. 1879 г. кн. 6.

суммы его долга) и отъ физической силы управомоченнаго (кредиторъ, обладающій меньшею физическою силою, чѣмъ должникъ, никогда не въ состояніи осуществить свои права). Нужно было найти и дѣйствительно найдено было средство избавиться отъ этого начала. Разрѣшеніе частно-правныхъ столкновеній было предоставлено спеціально уполномоченнымъ на то лицамъ, не заинтересованнымъ въ предметѣ спора; былъ установленъ особый органъ общественной власти, судъ, дѣйствующій не по произволу, а согласно съ юридическими воззрѣніями общества, выраженными сначала въ обычаѣ, а потомъ въ законѣ, и какъ органъ власти, достаточно сильный для приведенія рѣшеній своихъ въ исполненіе. Лицо, встрѣтивъ въ осуществленіи своего права препятствіе, обращается къ суду, при содѣйствіи котораго нарушенное право его осуществляется. Конечно, характеръ и степень этого содѣйствія обусловлены культурнымъ развитіемъ общества; въ обществахъ высокоразвитыхъ, содѣйствіе это ограничивается однимъ разрѣшеніемъ столкновенія; нарушитель, сознавая свое безсиліе передъ общественною властью, благоговѣя предъ авторитетомъ суда, безпрекословно подчиняется его рѣшенію; въ принудительномъ осуществленіи права—нѣтъ надобности [1]); въ обществахъ, менѣе развитыхъ, на первый планъ выступаетъ принудительное исполненіе судомъ его рѣшенія, второстепенное значеніе имѣетъ разрѣшительная дѣятельность суда. Но какъ-бы то ни-было, общество, создавъ судъ, имѣло въ виду создать органъ, къ содѣйствію котораго можно-бы было прибѣгнуть ради осуществленія права, подвергшагося нарушенію,—органъ, при содѣйствіи котораго можно-бы было создать фактическое состояніе, соотвѣтствующее содержанію нарушеннаго гражданскаго права.

Судебное осуществленіе въ смыслѣ созданія фактическаго состоянія, соотвѣтствующаго содержанію нарушеннаго права, какъ предметъ гражданскаго судопроизводства, слѣдуетъ здѣсь понимать не въ тѣсномъ смыслѣ, т.-е. не какъ дѣйствіе, которымъ непосредственно создается это состояніе, а въ обширномъ смыслѣ, какъ сумму, какъ неразрывный рядъ дѣйствій, которыми это состояніе *создается;* созданіе есть дѣйствіе не одноактное, а многоактное, длящееся, сведенное къ единству; кромѣ непосредственнаго заключительнаго акта, которымъ создается это состояніе, оно состоитъ изъ ряда дѣйствій посредствующихъ, ведущихъ къ этому заключительному. Судебное осуществленіе нарушеннаго права обнимаетъ собою неразрывный рядъ дѣйствій суда, нарушителя и обладателя права, послѣднимъ актомъ котораго является дѣйствительное созданіе даннаго фактическаго состоянія; судъ, прежде чѣмъ исполнить рѣшеніе, долженъ постановить его; прежде чѣмъ постановить его, долженъ взвѣсить всѣ доказательства сторонъ; истецъ долженъ предъявить эти доказательства и опровергнуть, обезсилить обратныя возраженія отвѣтчика, который ихъ представляетъ; прежде чѣмъ вообще воспользуется содѣйствіемъ суда, управомоченный долженъ заявить суду о желаніи осуществить свое право, при его содѣйствіи. Иначе,—непосредственное созданіе, при помощи суда, фактическаго состоянія, соотвѣтствующаго содержанію права, немыслимо безъ предъявленія иска, безъ предъявленія и оцѣнки доказательствъ (даже въ заочномъ производствѣ), безъ опроверженія возраженій, которыя могутъ быть приведены противникомъ, безъ постановленія рѣшенія; дѣйствительное, непосредственное созданіе фактическаго состоянія соотвѣтствующаго содержанію (т.-е. исполненіе рѣшенія) есть лишь одно изъ звеньевъ цѣлой цѣпи дѣйствій, процессуальныхъ актовъ. Единство этихъ процессуальныхъ актовъ выражается въ томъ, что не однимъ изъ этихъ актовъ, взятымъ самимъ по себѣ, право не осуществляется; осуществляется оно лишь совокуп-

[1]) Bar, Civilprocess въ Encyclopadie v. Holtzendorff T. 1. S. 559. (2 изд.)

нымъ дѣйствіемъ всѣхъ ихъ вмѣстѣ взятыхъ. Подробно объ этомъ мы поговоримъ въ свое время, пока достаточно сказать, что гражданское судопроизводство имѣетъ дѣло съ судебнымъ осуществленіемъ въ смыслѣ неразрывнаго ряда дѣйствій суда и сторонъ; оно разсматриваетъ, въ строго научной системѣ, юридическія нормы, имѣющія своимъ предметомъ судебное осуществленіе нарушенныхъ гражданскихъ правъ; нормы эти, въ цѣломъ суть отвѣты на вопросъ: какъ осуществляются при содѣйствіи суда гражданскія права, подвергшіяся нарушенію? Если наука гражданскаго судопроизводства оперируетъ надъ вопросомъ, какъ осуществляются нарушенныя гражданскія права, то отношеніе къ наукѣ, оперирующей надъ вопросомъ: „что осуществляется при содѣйствіи суда", т.-е. къ гражданскому праву должно быть весьма тѣсное. На это-то отношеніе наукъ я позволю себѣ, Мм. Гг., обратить ваше вниманіе; я счелъ нужнымъ сдѣлать это именно во вступительной лекціи, дабы, съ перваго же раза, указать вамъ на ту почву, изъ которой выросла наша наука, на ту связь, которую сохранила она понынѣ со своею матерью, и на тѣ жизненныя силы, которыя она черпаетъ изъ гражданскаго права.

Отношеніе гражданскаго судопроизводства къ наукѣ гражданскаго права не есть отношеніе сосѣдственныхъ по предмету отраслей знанія, каковы отношенія его къ государственному праву, къ уголовному судопроизводству и др.; отношеніе это есть, въ полномъ смыслѣ, отношеніе родственное. Какъ въ юридическомъ быту судъ есть якорь спасенія, къ которому прибѣгаетъ поколебленное право, чтобы не подвергнуться разрушенію, такъ и въ наукѣ ученіе о судебномъ осуществленіи нарушенныхъ гражданскихъ правъ есть та практическая, жизненная санкція ученія о возникновеніи, измѣненіи и прекращеніи гражданскихъ правъ, безъ которой послѣдняя, какъ говоритъ Мурлонъ, была-бы пустою абстракціей [1]). Къ чему можетъ привести изученіе гражданскаго права, говоритъ другой французскій юристъ, Буатаръ, безъ знанія тѣхъ правилъ, по которымъ разрѣшаются ежедневно возникающіе между людьми споры о правахъ [2]).

Историческая судьба нашей науки, тѣснѣйшимъ образомъ, связана съ наукою гражданскаго права. Обѣ эти науки составляли сначала одно цѣлое и лишь постепенно гражданское право выдѣлило изъ себя гражданское судопроизводство. Римскіе юристы не знали особой науки гражданскаго процесса; безсмертные учебники Гая и Юстиніана, ихъ институціи, сливали въ одно изложеніе и гражданское право, и судопроизводство. Это сліяніе объяснить себѣ очень нетрудно: исключительно судебный взглядъ римлянъ на право не могъ и навести ихъ на мысль о существованіи отдѣльной науки о правахъ и отдѣльной науки о судебномъ ихъ осуществленіи; желая сказать, что кто нибудь имѣетъ право требовать что-либо отъ другого, римляне говорили, что онъ имѣетъ право отыскивать предъ судомъ то, что онъ требуетъ отъ другаго [3]). Какъ объяснить себѣ происхожденіе столь исключительнаго воззрѣнія римлянъ? Конечно, отчасти оно объясняется практическимъ взглядомъ ихъ на право, какъ на нѣчто движущееся, борющееся, дѣятельное [4]); но наилучшее объясненіе оно находитъ себѣ въ исторіи: воззрѣніе это привито тѣмъ характеромъ судопроизводства, котораго въ немъ нельзя не замѣтить, начиная съ республиканскихъ временъ и до начала императорскаго періода. Въ это время, связь между правомъ и процессомъ, между jus и actio, была такъ не разрывна, что actio даже поглощала jus; всякій, кто желалъ знать, будетъ ли

---

[1]) Repetitions ecrites sur le Code de pr. c. p. 1.

[2]) Leçons de procedure civile T. 1. p. 3.

[3]) Windscheid, Lehrb. des Pandect. B. 1. 944.

[4]) Kierulf, Theorie des gem. Civilrechts. 156.

его притязаніе успѣшно, долженъ былъ сообразить не столько то, будетъ ли за него jus, сколько то, можетъ ли онъ воспользоваться actio и какою именно; право само по себѣ не имѣло значенія, оно не могло быть осуществлено судебнымъ путемъ въ силу одного того, что оно право. Во времена legis actiones практическое его значеніе, возможность судебнаго его осуществленія, зависѣли отъ точнаго исполненія строгихъ формальныхъ требованій при вчинаніи иска, а во время процесса per formulas — это зависѣло отъ безгранично свободнаго усмотрѣнія претора, который могъ дать судебную формулу, по которой избранный судья долженъ былъ рѣшить дѣло, но могъ ея и не давать.

Понятное дѣло, что подъ вліяніемъ такого порядка, сложился и взглядъ на право, какъ на право иска, взглядъ, недопускающій раздѣленія наукъ права и процесса. — Несмотря на существенныя измѣненія, которымъ подвергся римскій процессъ въ императорскія времена, взглядъ этотъ настолько вкоренился, что о раздѣленіи наукъ еще никто не помышлялъ. Затѣмъ, покинувъ свою родную почву и перенесенное въ Западную Европу, римское право подверглось научной разработкѣ все въ томъ же направленіи; право соединялось съ процессомъ. Такъ поступало большинство глоссаторовъ, постглоссаторовъ, комментаторовъ; я говорю большинство, потому что первыя, хотя и весьма слабыя попытки выдѣленія судопроизводства изъ гражданскаго права принадлежатъ глоссаторамъ, а именно, италіанскимъ канонистамъ второй половины XII и XIII вѣка: Танкредусу, Рофредусу Булгарусу и друг.; главнѣйшая заслуга ихъ заключается въ сведеніи въ одно цѣлое юстиніановыхъ фрагментовъ, касающихся судопроизводства и въ изслѣдованіи взаимнаго отношенія римскаго и каноническаго процессовъ. Излагая судопроизводство въ отдѣльныхъ сочиненіяхъ, они, въ общемъ, сдѣлали все-таки меньше, чѣмъ тѣ изъ глоссаторовъ, которые разъяснили римско-каноническій процессъ нераздѣльно съ римскимъ матеріальнымъ правомъ; они оставили намъ рядъ весьма краткихъ очерковъ гражданскаго судопроизводства въ которыхъ обходили всѣ подробности и не касались всего того, что нынѣ называютъ матеріальнымъ процессуальнымъ правомъ [1]). Не лишнимъ считаю также замѣтить, что въ нѣкоторыхъ трудахъ этихъ ученыхъ имѣется сліяніе иного рода, а именно: гражданское судопроизводство изложено слитно съ уголовнымъ судопроизводствомъ обыкновенно подъ общимъ заглавіемъ „Ordo judiciarius“ [2]).

Сливаясь, такимъ образомъ, прежде всего съ гражданскимъ правомъ, иногда съ уголовнымъ судопроизводствомъ, и изрѣдка выдѣляясь въ отдѣльную отрасль,—наука гражданскаго судопроизводства дождалась наконецъ XIV ст., когда она, благодаря трудамъ италіанскихъ юристовъ Бартолуса де Саксоферрато, Балдуса де Убальдиса и др., была доведена до степени самостоятельной науки, не чуждой теоретическихъ началъ [3]). Къ этому же времени во Франціи появился т. назыв. „первый Европейскій учебникъ гражданскаго судопроизводства“ Дюбрайля, сочиненіе Бутилье и др. Какъ италіанскимъ, такъ и французскимъ юристамъ канвою служило римское право, первые вышивали по ней лонгобардскимъ правомъ и сѣверо-итальянскими обычаями; вторые — рѣшеніями своихъ судовъ и королевскими ордонансами. Германія, въ это время, довольствовалась переводами трудовъ италіанскихъ и французскихъ юристовъ и выступила съ цѣльными систематическими изслѣдованіями гражданскаго процесса лишь къ концу XV стол. и то находясь подъ силь-

---

¹) Wetzel-System des ord. Civilproc. B. 1. L. 14.

²) См. напр. Ordo jud. неизв. автора 1170 г. обнар. Кунстманомъ въ Krit. Über. 1855 B. 2. L. 17—29.

³) Endemann, Das deutsche Civilpr. 27.

нымъ чужеземнымъ вліяніемъ, продолжавшимся и въ теченіе всего слѣдующаго столѣтія [1]).

Такимъ—то медленнымъ путемъ шелъ процессъ выдѣленія нашей науки изъ гражданскаго права; ей нужны были цѣлыя столѣтія для того, чтобы стать на твердую почву, стать самостоятельною наукою.

Гражданское право, произведя на свѣтъ нашу науку, какъ заботливая мать, не кинуло свое дѣтище на произволъ судьбы; порванная внѣшняя связь не могла повлечь за собою разрыва связи внутренней... Связь эта обусловлена логическою связью предметовъ обоихъ наукъ: *права и судебнаго его осуществленія*; заключается же она прежде всего въ ихъ взаимодѣйствіи, т.-е. судебное осуществленіе оказываетъ извѣстное логическое вліяніе на право, правомъ оказывается извѣстное логическое вліяніе на его судебное осуществленіе. Разсмотримъ каждое изъ этихъ вліяній порознь.

Въ вопросѣ о логическомъ вліяніи судебнаго осуществленія на право: слѣдуетъ различать вліяніе возможности судебнаго осуществленія отъ вліянія самаго осуществленія. Возможность эта можетъ быть двояка абстрактная возможность и конкретная возможность. Абстрактная возможность судебнаго осуществленія права, есть лежащая въ немъ способность подлежать принудительному осуществленію; она лежитъ въ правѣ съ перваго момента его существованія и, при наступленіи извѣстныхъ условій, обращается въ конкретную способность къ осуществленію; подъ конкретною же возможностью, понимается способность немедленно начать свое судебное осуществленіе; условіемъ же обращенія абстрактной возможности судебнаго осуществленія права въ конкретную, является нарушеніе права, такъ что право, способное къ судебному осуществленію вообще, чрезъ нарушеніе его, становится способнымъ начать свое осуществленіе.

Логическое вліяніе абстрактной возможности осуществленія на право заключается въ томъ, что право становится явленіемъ реальнымъ; присущій идеѣ права принудительный характеръ находитъ свое реальное выраженіе; праву придается потенціальная сила вызвать, при содѣйствіи суда, фактическое состояніе, соотвѣтствующее его содержанію. Право перестало бы быть правомъ, если бы ему не было сообщено этой потенціальной силы [2]). Относительно логическаго вліянія конкректной возможности судебнаго осуществленія на право, слѣдуетъ замѣтить, что абстрактно-способное къ осуществленію, покоющееся, мирное право, принимаетъ, благодаря конкретной возможности къ осуществленію (при нарушеніи его) видъ права борющагося, становится, какъ говоритъ Унгеръ Kampfrecht'омъ, обращается изъ права in toga, въ право in sago съ опредѣленнымъ противникомъ [3]). Благодаря своему отношенію къ опредѣленному противнику, противъ котораго правообладатель можетъ призвать на помощь судебную власть, самое право принимаетъ личное направленіе: право абсолютное (право собственности) обращается въ право относительно даннаго лица (нарушителя).

Переходя къ вопросу о логическомъ вліяніи самаго судебнаго осуществленія права на право, замѣтимъ, что каждое изъ процессуальныхъ дѣйствій, ведущихъ постепенно къ созданію фактическаго состоянія соотвѣтствующаго его содержанію, оказываетъ на него въ результатѣ своемъ извѣстное вліяніе; въ существѣ, вліяніе это заключается въ томъ, что право, постепенно приближаясь къ послѣднему акту осуществленія, все болѣе укрѣпляетъ свою позицію от-

---

[1]) Ibid. 28.

[2]) Исключеніемъ являются т. н. abligationes naturulis, но какъ явленія анормальныя они м. б. игнорируемы при разрѣшеніи общихъ вопросовъ; см. Windscheid. н. соч. §§ 44 пр. 4.

[3]) Н. с. т. 2 стр. 354.

носительно даннаго противника; говоря это, я, конечно, имѣю въ виду успѣшный ходъ осуществленія права: когда предъявленіе иска соотвѣтствуетъ всѣмъ матеріальнымъ и формальнымъ условіямъ, когда доказательства убѣждаютъ судъ въ истинности заявленія, когда прямое возраженіе обезсиливаетъ обратное, когда судебное рѣшеніе постановлено въ пользу управомоченнаго, когда оно приводится въ исполненіе. Итакъ, право укрѣпляетъ свою позицію съ перваго же шага къ осуществленію. Во 1-хъ, съ предъявленія иска право становится на болѣе прочную почву; если оно находилось на краю гибели, на волоскѣ отъ прекращенія—процессуальный актъ предъявленія иска по поводу неисполненія обязательства или по поводу завладѣнія вещью, совершаемый наканунѣ истеченія давностнаго срока, спасаетъ право кредитора и собственника. Дальнѣйшіе акты, въ нормальномъ результатѣ, вліяютъ логически на право тоже въ смыслѣ большого упроченія его. Во 2-хъ, право доказанное, право обезсилившее представленное противъ него возраженіе, сильнѣе права, которому еще предстоитъ произвести эти аффекты; средства доказыванія и обезсиленія возраженій могутъ изчезнуть, потеряться; если же они разъ предъявлены и произвели свое дѣйствіе, то изчезновеніе ихъ остается безъ вліянія на право. Въ 3-хъ, позиція права крѣпнетъ окончательно постановленіемъ судебнаго рѣшенія. Логически вліяніе этого акта прежде всего выражается въ томъ, что 1) управомоченный можетъ въ силу рѣшенія немедленно вызвать фактическое состояніе, соотвѣтствующее содержанію его права (actio judicati), 2) рѣшеніемъ исключается возможность повторенія того же иска (bis de eadem re ne sit actio), 3) принимается полное соотвѣтствіе судебнаго рѣшенія съ объективнымъ положеніемъ дѣла (res judicata pro veritate accipitur) и 4) рѣшеніе возводится въ источникъ, въ основаніе самаго права (judex jus ei re facit), оно пріобрѣтаетъ новое, болѣе прочное основаніе. Въ 5-хъ, что касается логическаго вліянія исполненія рѣшенія на право, то смотря по существу самаго права (абсолютное ли оно право или относительное) имъ, какъ созданіемъ фактическаго состоянія соотвѣтствующаго содержанію права, право или прекращается (содержаніе его исчерпывается) или же ему дается возможность продолжить свое мирное существованіе (осуществленіе).

Таково логическое вліяніе судебнаго осуществленія права на право; но право и судебное осуществленіе его, сказали мы, находятся въ логическомъ взаимодѣйствіи. Судебное осуществленіе права (процессъ), какъ говоритъ Бонье, есть приведеніе права въ дѣйствіе [1]). Какъ въ мірѣ физическомъ на приведеніе въ дѣйствіе извѣстнаго предмета оказываетъ вліяніе качество и свойство его, такъ и право не остается безъ вліянія на судебное его осуществленіе въ томъ самомъ, что свойство и качество права отражаются на актахъ судебнаго его осуществленія. Мы остановимся на основныхъ свойствахъ гражданскихъ правъ: произвольности и связанной съ нею исключительности ихъ. Подъ произвольностью гражданскихъ правъ понимается то свойство ихъ, въ силу котораго они, по произволу обладателя, могутъ быть пріобрѣтаемы и отъ которыхъ онъ по произволу же можетъ отказаться, вполнѣ или отчасти; римскіе юристы выразили это свойство афоризмомъ: jure suo uti nemo cogitur, никто не принуждается ни пріобрѣтать права, ни отказываться отъ нихъ; никому нѣтъ дѣла, пользуется ли лицо своимъ правомъ или не пользуется; если съ правомъ соединена обязанность, то пріобрѣтя право всегда можно отказаться только отъ него, а не отъ обязанности. Эта произвольность оказываетъ рѣшительное вліяніе на судебное осуществленіе, на тотъ или другой актъ его. [2]). Прежде всего, она отражается на томъ, что

---

¹) Elements de procedure civile p. 2.

²) Умовъ—Понятіе и методъ изслѣд. гр. пр. стр. 9.

приступъ къ судебному осуществленію—предъявленіе иска—зависитъ вполнѣ отъ воли управомоченнаго, никто его принудить къ тому не можетъ; nemo invitus agere compellitur; въ нѣкоторыхъ случаяхъ, какъ казалось бы, можно бы признать необходимости отступленія отъ этого начала, напримѣръ при соучастіи, но всѣ законодатели, не допуская такъ называемыхъ exceptiones plurium litis consortium тѣмъ самымъ строго послѣдовательно придерживаются этаго начала; они не даютъ права пользоваться тѣмъ возраженіемъ, что истецъ не предъявилъ иска противъ другихъ содолжниковъ и потому-де не можетъ привлечь къ суду его отвѣтчика. Точно также никто не принуждается судебнымъ путемъ осуществить лишь часть своего права, другой же части не осуществлять (уменьшить требованіе); кто можетъ не осуществлять всего права, тотъ можетъ не осуществлять и части его; далѣе произвольность права отражается и на доказываніи; никто не принуждается пользоваться тѣми или другими доказательствами; конечно, истецъ радуется всякому доказательству говорящему въ его пользу, но тѣмъ не менѣе можно себѣ представить случай, когда истецъ не желаетъ воспользоваться извѣстнымъ доказательствомъ, напр.: компромитирующимъ его письмомъ, въ которомъ отвѣтчикъ призналъ долгъ;—третье лицо, при дополнительномъ, вызываемомъ участіи (interventio accessoria), можетъ быть весьма заинтересовано въ предъявленіи этого письма, но какъ пособникъ, а не какъ самостоятельная сторона [1]), не можетъ настаивать на предъявленіи его; точно также напр.: зависитъ отъ произвола стороны учинить судебное признаніе или неучинять его; принудить лицо нельзя ни прямо, ни косвенно въ томъ смыслѣ, что наприм.: при соучастіи нельзя считать учинившими признаніе тѣхъ изъ соучастниковъ, которые его не сдѣлали; то-есть нельзя переносить силу признанія одного изъ соучастниковъ на другихъ, неучинившихъ его [2]). Какъ самое доказываніе, такъ и предметы его могутъ быть съуживаемы управомоченнымъ—и тутъ примѣняется начало in eo quod plus est semper inest et minus [3]). Далѣе, произвольность права отражается на возраженіяхъ; возраженіе съ матеріальной, субъективной стороны есть право, которое и носитъ въ себѣ всѣ свойства таковаго; какъ предъявленіе возраженія, такъ и предѣлы или предметы его находятся во власти лица, имѣющаго право возраженія; наприм:, на основаніи начала nemo invitus agere compellitur нельзя лицо принудить предъявить встрѣчный искъ или изъ двухъ встрѣчныхъ исковъ, предъявить тотъ, который вполнѣ, а не отчасти погашаетъ первоначальный. Наконецъ, на заключительный актъ судебнаго осуществленія, произвольность права оказываетъ рѣшительное вліяніе: исполненіе судебнаго рѣшенія совершенно во власти истца; актъ суда, приказъ (у насъ исполнительный листъ) есть актъ условный, актъ,—сила котораго обусловлена свободнымъ усмотрѣніемъ истца; никто не можетъ принудить истца требовать исполненія рѣшенія суда, или исполненія лишь части его. Таково логическое воздѣйствіе произвольности гражданскихъ правъ на судебное ихъ осуществленіе.

Перехожу къ другому свойству ихъ—исключительности; оно вытекаетъ изъ начала произвольности; заключается оно въ томъ, что гражданскія права находятся въ исключительномъ обладаніи управомоченнаго; они принадлежатъ одному лицу и уже eo ipso другому принадлежать не могутъ, но управомоченный можетъ

---

[1]) Брандтъ, Объ участіи трет. лицъ въ гр. процессѣ, въ журн. гражд. и угол. права 1875 г. кн. 4 стр. 156—163.

[2]) Считать встрѣчный искъ только наступательнымъ средствомъ (См. Малышевъ, Курсъ гражд. суд. т. 1 стр. 269), а не оборонительнымъ — нельзя; онъ обладаетъ двойственною природою: онъ наступательное средство, какъ искъ осуществляющій самостоятельное право, онъ оборонительное средство, какъ „побочное“ возраженіе, обезсиливающее заявленіе истца.

[3]) Малининъ—Судебное признаніе въ гражд. дѣлахъ стр. 45—46.

перенести тѣмъ или другимъ способомъ свое право на другого; благодаря этому, исключительность обладанія права переходитъ на это лицо. Логическое воздѣйствіе исключительности на судебное осуществленіе заключается, въ общемъ, въ томъ, что кому принадлежитъ право, только тотъ и можетъ осуществить его судебнымъ путемъ. По отношенію къ частнымъ лицамъ, вліяніе это выражается въ томъ, что прежде всего искъ можетъ быть предъявленъ лишь самимъ истцомъ; сторонними же лицами это можетъ быть сдѣлано лишь по особому полномочію; тоже слѣдуетъ сказать и о размѣрѣ исковаго требованія; тоже самое о предъявленіи доказательствъ: когда третье лицо приводитъ доказательство въ пользу истца, то оно дѣлаетъ это и за и для него, въ силу полномочія, котораго нельзя не видѣть въ фактѣ участія его въ дѣлѣ, но когда судебное признаніе учиняетъ одинъ изъ соучастниковъ, то изъ этого еще не вытекаетъ полномочіе его со стороны другихъ на учиненіе признанія за нихъ; тоже самое можно сказать о возраженіяхъ и объ исполненіи рѣшеній. Но исключительность права оказываетъ логическое воздѣйствіе и на акты судебнаго осуществленія, непосредственно входящіе въ кругъ дѣятельности суда. Исключительная возможность осуществленія права управомоченнымъ, приводитъ логически къ отрицанію и за судомъ возможности этого осуществленія; — онъ лишь содѣйствуетъ осуществленію права. Отсюда вытекаетъ основное начало процесса — начало состязательное — выражающееся относительно предъявленія иска въ томъ, что судъ самъ не начинаетъ дѣла — nemo judex sine actore, это начало было общимъ въ раннюю эпоху жизни обществъ; оно одинаково примѣнялось и къ уголовному и гражданскому судопроизводству, но съ усиленіемъ государственной власти уступило мѣсто другому началу, противоположному (слѣдственному), проникшему также въ области гражданскаго и уголовнаго процесса; лишь постепенно слѣдственное начало начинаетъ подвергаться изгнанію изъ области гражданскаго процесса, уступая снова мѣсто началу nemo judex sine actore. Далѣе, исключительность права оказываетъ свое вліяніе на судебное доказываніе; по отношенію къ дѣятельности суда, это выражается въ принципѣ ne procedat judex ex officio, судъ самъ не собираетъ доказательствъ. Не слѣдуетъ однако думать, что изъ этого начала допускается исключеніе относительно экспертизы и осмотра на мѣстѣ; двойственный характеръ этихъ институтовъ, выражающійся въ томъ, что они и средство доказыванія, и способы провѣрки доказательствъ приводятъ къ необходимости допустить въ нѣкоторыхъ случаяхъ иниціативу въ привлеченіи экспертовъ и въ производствѣ осмотра самому суду; но когда экспертиза и осмотръ на мѣстѣ являются средствомъ доказыванія, то инициатива въ пользованіе ими всегда принадлежитъ сторонамъ, а не суду. Тоже слѣдуетъ сказать и объ исключительности, отражающейся на возраженіяхъ; судъ самъ не прiискиваетъ возраженій; начало qui exceptione utitur is videtur agere etiam, въ связи съ началомъ ne procedat, въ обширномъ смыслѣ, judex ex officio приводитъ къ признанію этого положенія; напр. вопросы, касающіеся матеріальной способности къ иску, въ смыслѣ возраженія, никогда не могутъ быть возбуждаемы судомъ; тоже самое мы видѣли, напр., въ вопросѣ о давности; по опредѣленію всѣхъ законодательствъ, вопросъ этотъ судомъ не можетъ быть возбужденъ и т. д. Далѣе, что касается судебнаго рѣшенія, то вліяніе исключительности права на него выражается въ томъ, что при его постановленіи, предѣлы его должны опредѣляться требованіями управомоченнаго; судъ не можетъ присудить больше, чѣмъ требуетъ истецъ: ne eat judex ultra petita partium; онъ не можетъ постановить рѣшенія не о томъ предметѣ, о которомъ просила его сторона. Что касается, наконецъ, исполненія рѣшенія, то оно происходитъ лишь по требованію истца—судъ самъ, ex officio, не исполняетъ рѣшенія: actio judicati есть лишь право лица требовать отъ суда немедленнаго, принудительнаго созданія фактическаго состоянія, соотвѣтствую-

щаго содержанію права. Таково логическое вліяніе права на судебное осуществленіе.

Изъ представленнаго нами очерка логическаго взаимнодѣйствія предметовъ гражданскаго права и гражданскаго судопроизводства вытекаетъ само собой логическая связь обѣихъ наукъ: положенія гражданскаго права и положенія гражданскаго судопроизводства соединены логическою связью, и слѣдовательно и система ихъ находится въ такомъ же отношеніи.

Для процессуалиста вообще, и для насъ въ данномъ случаѣ, конечно главнѣйшее значеніе имѣетъ вліяніе права на процессъ и мы видѣли, что вліяніе это рѣшительное; главнѣйшія черты гражданскихъ правъ ложатся въ основаніе гражданскаго процесса, рядъ важнѣйшихъ положеній гражданскаго судопроизводства вытекаетъ изъ началъ гражданскаго права. Но независимо отъ этого источника, наша наука черпаетъ жизненныя силы изъ науки гражданскаго права при посредствѣ другого проводника. Я сказалъ уже, что право, пріобрѣтая конкретную возможность осуществленія при помощи суда, обращается въ Kampfrecht, въ право иска; это Kampfrecht будучи, такъ сказать, введено въ процессъ, начинаетъ свое движеніе въ видѣ иска; слѣдить шагъ за шагомъ за этимъ движеніемъ права въ процессѣ, лежитъ нынѣ на обязанности науки гражданскаго права; она разсматриваетъ право не только въ состояніи покоя, но и движенія, словомъ сказать, разсматриваетъ *право въ судебномъ его осуществленіи*. Вотъ этотъ-то отдѣлъ гражданскаго права—ученіе о защитѣ правъ, такъ называемое исковое право (Actionenrecht) является новымъ корнемъ, при помощи котораго наша наука питается соками гражданскаго права. Одной стороны этого ученія я имѣлъ случай коснуться, говоря о логическомъ вліяніи процесса на право, но право въ судебномъ своемъ осуществленіи, являясь предметомъ научнаго анализа, разсматривается не только со стороны логическаго воздѣйствія на него процессуальныхъ актовъ, но и независимо отъ этого воздѣйствія; процессуальные акты, прежде чѣмъ произвести это воздѣйствіе, должны находиться въ извѣстномъ логическомъ отношеніи къ праву; наприм., актъ доказыванія лишь въ результатѣ своемъ (доказанность) логически воздѣйствуетъ на право, укрѣпляя его позиціи, но до того, логическое отношеніе права къ доказыванію таково, каково отношеніе предмета, подлежащаго обоснованію, ради установленія его истинности, къ дѣйствію приводящему къ этой цѣли; въ дальнѣйшемъ мы будемъ имѣть въ виду лишь эту сторону ученія объ исковомъ правѣ.

Историческая судьба ученія объ исковомъ правѣ, какъ части гражданскаго права, весьма интересна. Сначала, мы видѣли гражданское судопроизводство излагалось слитно съ гражданскимъ правомъ, при чемъ всегда, въ видѣ заключенія; такой пріемъ, конечно, нельзя упрекнуть въ нелогичности: сначало право излагалось независимо отъ осуществленія его и затѣмъ уже слѣдовало изложеніе формъ судебнаго его осуществленія; вопросъ о судьбѣ права въ судебномъ осуществленіи, вносился въ эту послѣднюю часть. Съ раздѣленіемъ наукъ вопросъ о судьбѣ права въ судебномъ его осуществленіи, исключенъ былъ изъ судопроизводства; гражданское же право касалось его настолько, насколько безъ того рѣшительно нельзя было обойтись. Въ особенно невыгодномъ положеніи очутилось ученіе объ исковомъ правѣ при раздѣленіи, въ германскихъ университетахъ, каѳедръ права и судопроизводства: все ученіе это, говоритъ Пухта, профессора гражданскаго права относили къ гражданскому судопроизводству, говоря, что все касающееся судебнаго осуществленія права излагается въ наукѣ процесса, профессора же этой науки исключали изъ нея ученіе объ исковомъ правѣ. То немногое, что еще оставалось отъ этого ученія въ гражданскомъ правѣ, мало-по-малу развилось въ цѣльную часть науки. Рѣшительный шагъ въ этомъ отношеніи былъ сдѣланъ великимъ систематикомъ Гейзе, хотя, какъ онъ говоритъ, онъ „во многомъ слѣ-

довалъ совѣту своего друга Савиньи". Гейзе внесъ цѣлый рядъ процессуальныхъ институтовъ въ это ученіе, но еще не опредѣлилъ ни существа, ни предѣловъ его; внесъ онъ туда эти институты потому, что одни изъ нихъ основаны на матеріальныхъ юридическихъ принципахъ, другіе оказываютъ сильное вліяніе на право, третьи—принадлежавшіе по существу области процесса, должны быть, хотя въ общихъ чертахъ, знакомы цивилисту. То, что Гейзе внесъ въ свой планъ курса, блистательно выполнилъ Савиньи, хотя самъ сознается (а за нимъ и другіе цивилисты), что точныхъ предѣловъ между ученіемъ объ исковомъ правѣ и гражданскимъ процессомъ установить невозможно. Наилучшимъ выразителемъ современнаго воззрѣнія на предѣлы этого ученія и процесса слѣдуетъ считать Унгера.

Предметомъ ученія объ исковомъ правѣ является, какъ я сказалъ, *право въ судебномъ его осуществленіи*; предметомъ же гражданскаго судопроизводства *судебное осуществленіе права*. Это не простая игра словъ, это не безплодная логическая тонкость... Различіе между предметами этихъ двухъ ученій то-же, что, напр., между тѣломъ разсматриваемымъ въ его движеніи и самимъ движеніемъ тѣла, между птицею наблюдаемою нами во время полета и самымъ полетомъ птицы. Попытаемся сначала провести различіе между вопросами, которыми занимается ученіе объ исковомъ правѣ и вопросами, которыми занимается гражданское судопроизводство; изъ этого сопоставленія выяснится значеніе ученія объ исковомъ правѣ (а слѣд. и гражданскаго права) для гражданскаго судопроизводства. Прежде всего: 1) ученіе объ исковомъ правѣ анализируетъ право, какъ право иска, какъ искъ въ матеріальномъ смыслѣ, въ смыслѣ права лица призывать судъ на помощь ради осуществленія нарушеннаго права (Kampfrecht); оно анализируетъ право, готовое начать свое осуществленіе; гражданское же судопроизводство занимается тѣмъ, какъ это право можетъ начать свое осуществленіе; какіе суды компетентны оказать свое содѣйствіе при осуществленіи его, какія лица могутъ быть сторонами (тяжущимися, третьими лицами, представителями); какія дѣйствія суда и сторонъ входятъ въ понятіе предъявленія иска; какимъ формамъ и условіямъ искъ долженъ отвѣчать и т. д. словомъ, оно имѣетъ дѣло съ искомъ въ формальномъ смыслѣ какъ дѣйствіемъ стороны. Далѣе 2) ученіе объ исковомъ правѣ занимается возраженіями, тоже въ смыслѣ права стороны; какъ право на искъ, есть возможность осуществить свое право путемъ нападенія, такъ возраженіе есть возможность осуществить свое право путемъ обороны; оно разсматриваетъ, главнымъ образомъ, реагирующую его силу по отношенію къ тому праву, которому оно противупоставляется; гражданское же судопроизводство, анализируетъ самое осуществленіе возрожденія, самый актъ, если можно такъ выразиться, *возражанія*; кѣмъ и какъ оно предъявляется, каковы формальныя его условія и т. д. въ судопроизводствѣ возраженіе можетъ быть такого характера, что оставляетъ самое право иска не тронутымъ, а касается лишь того или другого формальнаго условія. Затѣмъ 3) доказательства разсматриваются, въ ученіи объ исковомъ правѣ, въ смыслѣ совокупности основаній, говорящихъ въ пользу даннаго заявленія, безотносительно къ роли суда; оно изслѣдуетъ отношеніе ихъ къ праву, занимается вопросомъ о томъ, что доказывается, а слѣдов. и кѣмъ доказывается (onus probandi); вопросъ о тяжести доказательствъ заключается въ самомъ вопросѣ о предметѣ доказательства; коль скоро разъ извѣстно, что должно быть доказываемо, то тѣмъ самымъ становится извѣстнымъ, кто долженъ доказывать; гражданское же судопроизводство имѣетъ дѣло съ актомъ доказыванія, съ совокупностью дѣйствій, направленныхъ къ убѣжденію суда въ истинности заявленія; главнѣйшими вопросами тутъ являются вопросы о средствахъ доказыванія и о силѣ (убѣдительности) ихъ по отношенію къ суду. Далѣе 4) ученіе объ исковомъ правѣ анализируетъ судебное рѣшеніе, какъ актъ признающій или не признающій возможность непосредственнаго осуще-

ствленія права, какъ рѣшительный моментъ въ судьбѣ права; изучаетъ силу его относительно осуществляемаго права; гражданское же судопроизводство разсматриваетъ его, какъ актъ судомъ постановляемый; оно должно указать на моментъ наступленія и на условія законной силы рѣшенія. Вотъ главнѣйшіе пункты ученія о правѣ въ судебномъ осуществленіи и ученіи о судебномъ осуществленіи Изъ сопоставленія предметовъ этихъ ученій можно видѣть. что ученіе объ исковомъ правѣ разсматриваетъ институты судопроизводства съ особой точки зрѣнія, съ точки зрѣнія ихъ содержанія; оно сосредоточиваетъ свое вниманіе на томъ, *что* осуществляется, между тѣмъ, какъ гражданское судопроизводство разсматриваетъ эти институты съ точки зрѣнія формальной, съ точки зрѣнія ихъ внѣшняго выраженія; оно сосредоточиваетъ свое вниманіе на томъ, *какъ* осуществляется право судебнымъ путемъ. На этомъ различіи точекъ зрѣнія основано дѣленіе науки гражданскаго права, на матеріальное (собственно гражданское право) и формальное или судебное или процессуальное гражданское право; изъ него же вытекаетъ другое дѣленіе—процессуальное право дѣлится на матеріальное процессуальное т.-е. исковое право и формальное процессуальное право т.-е' гражданское судопроизводство. Для насъ особенную важность имѣетъ послѣднее дѣленіе. Всматриваясь въ каждое изъ этихъ ученій нельзя не замѣтить тѣснѣйшей связи ихъ между собою: ни одинъ изъ болѣе или менѣе важныхъ вопросовъ формальнаго процессуальнаго права, не можетъ быть разрѣшенъ безъ помощи началъ матеріальнаго процессуальнаго права; вопросы объ основаніяхъ иска, о поводахъ къ нему, объ onus probandi, о вліяніи возраженій на искъ, о матеріальной силѣ судебнаго рѣшенія и т. д., вопросы, принадлежащіе области матеріальнаго процессуальнаго права, процессуалистомъ обойдены быть не могутъ. И дѣйствительно, возьмите любой учебникъ гражданскаго судопроизводства и сравните его съ отдѣломъ о защитѣ правъ любаго учебника гражданскаго права и вы замѣтите съ какимъ спокойствіемъ, съ какимъ сознаніемъ своей правоты процессуалистъ нарушаетъ правило, „что мое, то не твое!“ да и цивилистъ отъ него не отстаетъ; мститъ ему тѣмъ же; многія труднѣйшія проблемы формальнаго процессуальнаго права разрѣшены цивилистами. Какъ прежде процессуалисты и цивилисты отдѣлывались отъ исковаго права, такъ нынѣ оба они чувствуютъ себя въ этомъ ученіи, какъ дома; de facto—считая его своимъ, de jure—они продолжаютъ однако считать его, принадлежащимъ области гражданскаго права.

Разсмотрѣвъ, такимъ образомъ, вопросъ объ отношеніи гражданскаго судопроизводства къ гражданскому праву, мы видѣли, что, съ одной стороны, основныя начала гражданскаго права ложатся въ основаніе гражданскаго судопроизводства, съ другой—что гражданское право раскрываетъ передъ нами содержаніе тѣхъ актовъ, которыми занимается гражданское судопроизводство.

Вотъ почему, мм. гг., въ предстоящихъ лекціяхъ моихъ, по теоріи гражданскаго судопроизводства, я намѣренъ пользоваться въ широкихъ размѣрахъ началами матеріальнаго гражданскаго права.

---

## II.

## „Правда и милость“ въ гражданскомъ судѣ [1]).

**Вступительная лекція, читанная 17-го сентября 1889 г. въ С.-Петербургскомъ Императорскомъ Университетѣ.**

Милостивые государи! Предметомъ предстоящихъ чтеній будетъ русское гражданское судопроизводство. Главнѣйшимъ, конечно не исключительнымъ—

[1]) Юрид. Лѣтоп. 1890 г. кн. 1.

матеріаломъ, которымъ я намѣренъ пользоваться при изложеніи этой науки, будутъ нормы нашего дѣйствующаго законодательства т.-е. законы, содержащіеся въ уставахъ 20 ноября 1864 г. — этомъ безсмертномъ актѣ, оцѣнить громадное значеніе котораго можетъ только тотъ, кто знаетъ, что у насъ было до введенія судебной реформы. Начала, безъ которыхъ, по современнымъ представленіямъ, отправленіе правосудія невозможно, какъ-то независимость судей, гласность, устность, равенство сторонъ, свобода судейской оцѣнки и т. д.—все это въ дореформенномъ процессѣ отсутствовало, но все это положено въ основу Судебныхъ Уставовъ и внесено въ жизнь вмѣстѣ съ введеніемъ судебной реформы. Со стороны юстиціи мы сразу стали на подобающую намъ высоту, мы стали въ уровень съ другими культурными народами. Скажу болѣе: мы опередили ихъ; все хорошее въ великомъ дѣлѣ судебной организаціи мы восприняли, устранивъ все, что осуждено наукою и практикою; о частныхъ недостаткахъ я не говорю—они были неизбѣжны въ столь трудномъ дѣлѣ, и легко могли бы быть устранены впослѣдствіи. Въ общемъ та потребность народной жизни, которая вызвала преобразованіе суда, была удовлетворена такъ, какъ это только возможно въ періоды могучаго подъема общественнаго сознанія...

Вполнѣ сознанная, ясно понятая цѣль преобразованія суда отчетливо выражена самимъ законодателемъ въ указѣ 20 ноября 1864 года. „Да правда и милость царствуютъ въ судахъ!“ читаемъ мы въ этомъ указѣ. Такова та цѣль, которую себѣ ставитъ законодатель, цѣль, которая должна быть достигнута „посредствомъ лучшаго устройства судебной части“. Долженъ былъ быть и былъ созданъ судъ правый и милостивый, судъ, девизомъ котораго должны были быть и были слова „правда и милость“. Эти многознаменательныя слова даютъ обильную пищу пытливому уму, желающему раскрыть ихъ внутренній, глубокій смыслъ. Что такое „правда и милость“, что такое судъ „правый“ и „милостивый“? — Обращаясь къ разрѣшенію этихъ вопросовъ, замѣчу, что я буду имѣть въ виду, прежде всего, судъ и процессъ гражданскій.

Правымъ судомъ мы называемъ судъ не только дѣйствующій закономѣрно, но и поставленный закономъ въ условія, благопріятныя для осуществленія правды. Судъ независимый, судъ, состоящій изъ лицъ обще- и спеціально образованныхъ, лицъ неподкупной честности и добросовѣстности — такой судъ можетъ быть судомъ правымъ, но только *можетъ быть* правымъ. Для того, чтобы онъ дѣйствительно былъ правымъ, необходимо, чтобы ему были даны средства осуществить правду, истину. Допустимъ, ему даны всѣ возможныя средства къ тому; достигнетъ ли онъ и тогда полной истины, будетъ ли судья и тогда въ состояніи, по каждому дѣлу, имъ разрѣшенному, положа руку на сердце, сказать, что рѣшеніе его вполнѣ истинно. Сомнѣваюсь. Какъ вообще, такъ и тутъ, напрасно искать полнаго воплощенія идеала; можно говорить лишь о приближеніи къ этому идеалу. Судъ, стремящійся, при остальныхъ благопріятныхъ условіяхъ, искренно, сознательно, упорно къ достиженію правды, будетъ правымъ судомъ—его не должна останавливать невозможность достиженія безусловной истины въ томъ или другомъ случаѣ, не должна смущать относительность ея. Истина, какъ совпаденіе нашихъ представленій съ дѣйствительностью, истина, выразившаяся въ судебномъ рѣшеніи, только и можетъ быть относительной, уже потому, что она истина производная [1]), то-есть такая, при которой представленіе, имѣющее совпасть съ дѣйствительностью, добыто путемъ не непосредственнаго восприятія этой дѣйствительности, а при посредствѣ заявленій другихъ лицъ. Судъ рѣдко можетъ непосредственно воспринять дѣйствительность; въ гро-

---

[1]) Canstein, Die rationellen Grundl. des C.-Pr. I, стр. 28.

мадномъ большинствѣ случаевъ онъ составляетъ себѣ представленіе о ней на основаніи заявленій тяжущихся, подтвержденныхъ письменными актами, показаніями свидѣтелей, экспертовъ, окольныхъ людей. На основаніи этихъ данныхъ онъ приходитъ къ убѣжденію о правильности или неправильности даннаго притязанія. Но кто можетъ поручиться за то, что эти данныя абсолютно достовѣрны? Можетъ быть, актъ искусно поддѣланъ, свидѣтели не менѣе искусно лгутъ, эксперты жестоко ошибаются? Нѣтъ въ томъ поруки. Мало того, суду иногда приходится имѣть дѣло съ такими фатальными явленіями, которыя, въ какомъ-бы смыслѣ ни были нормированы закономъ, оставляютъ мѣсто разладу между представленіями судьи, выразившимися въ рѣшеніи, и дѣйствительностью. Можно указать на рядъ фактовъ, когда законъ, желая уменьшить число случаевъ такого разлада, самъ ихъ создаетъ. Позволю себѣ привести примѣры. Положимъ, законъ не придаетъ безусловной силы формальному письменному акту займа и допускаетъ доказательство безденежности его. Что можно ожидать отъ такого закона? Массы случаевъ лжесвидѣтельства, случаевъ доказательства посредствомъ подкупныхъ свидѣтелей безденежности крупныхъ займовъ. Если эти свидѣтели дружно споются, то убѣдятъ судью въ подтверждаемомъ ими фактѣ, и онъ признаетъ безденежность займа, то-есть постановитъ рѣшеніе, далекое отъ истины. Какъ же поступить законодателю, желающему отвратить подобные случаи? Онъ можетъ выставить противоположное правило и объявить, что безденежность заемнаго письма не можетъ быть доказываема; слѣдовательно, если разъ заемный актъ совершенъ, то доказывать, что валюта не получена, нельзя. Представимъ себѣ, что данное заемное письмо представлено въ судъ для взысканія; отвѣтчикъ-должникъ заявляетъ, что оно безденежно, судья—допускаемъ на время—выслушиваетъ массу свидѣтелей и вполнѣ убѣждается въ безденежности; для него нѣтъ въ томъ сомнѣнія. Но онъ не вправѣ отказать кредитору: онъ, будучи убѣжденъ въ несуществованіи займа, завѣдомо присуждаетъ истцу якобы занятую у него сумму. Полный разладъ представленій судьи, выразившихся въ рѣшеніи, съ дѣйствительностью! Или: положимъ, законъ безо всякихъ ограниченій допускаетъ словесные договоры, существованіе коихъ можетъ быть доказано свидѣтелями; займы, безъ ограниченія суммы, могутъ быть доказываемы такимъ путемъ. Опять возможна масса случаевъ разыгрыванія возмутительной комедіи съ подкупными свидѣтелями; судья убѣждается въ существованіи крупнаго займа и присуждаетъ требуемую сумму, которая потомъ и распредѣляется между мнимымъ кредиторомъ и его достовѣрными свидѣтелями. Опять полный разладъ рѣшенія съ дѣйствительностью. Законъ, ради отвращенія подобныхъ случаевъ, постановляетъ противоположное правило, а именно, что словесные займы недѣйствительны, что свидѣтельскими показаніями доказывать заемъ нельзя. Представимъ себѣ, что совершенъ заемъ на словахъ въ присутствіи толпы свидѣтелей, которые клятвенно готовы подтвердить, что заемъ былъ сдѣланъ. Опять допустимъ на время, что судья ихъ допрашиваетъ и вполнѣ убѣждается въ достовѣрности ихъ показаній. Присудить однако требуемую сумму истцу-кредитору судья не можетъ; онъ отказываетъ ему въ искѣ, не признаетъ права, въ существованіи коего вполнѣ убѣжденъ [1]). Опять полный разладъ, опять ни тѣни истины. Законодатель, повидимому, находится въ заколдованномъ кругѣ: нормируетъ данное отношеніе такъ—создаетъ препятствіе къ достиженію истины на судѣ; нормируетъ въ противоположномъ смыслѣ — послѣдствія тѣ же. Которую же изъ двухъ нормъ выбрать? Приходится, какъ говоритъ Іерингъ [2]) по другому впрочемъ поводу, становиться отчасти на почву статистики, отчасти взвѣ-

---

[1]) Случаи изъ нашей практики см. у Березина—Мировой судъ въ провинціи, стр. 23—24.

[2]) Ihering, Der Besitzwille, стр. 161.

шивать степень вреда или пользы той и другой нормы, то-есть выбрать тотъ способъ нормированія, который создаетъ наименьшее число случаевъ разлада между рѣшеніемъ судьи и дѣйствительностью и отъ котораго можно ожидать менѣе вреда для общества. Случаевъ соблазнительнаго подкупа свидѣтелей всегда будетъ больше—и они вреднѣе для общества, — чѣмъ случаевъ безденежности заемныхъ писемъ и словесныхъ займовъ. Нашъ законъ склоняется въ пользу именно такого нормированія упомянутыхъ случаевъ: безденежность крѣпостнаго заемнаго письма не можетъ быть доказываема (ст. 2015 1 ч. X т.); фактъ займа не можетъ быть доказанъ свидѣтельскими показаніями (ст. 2031, ч. X, т. 409 у. г. с.). Законъ, слѣдовательно, закрываетъ суду путь къ истинѣ именно съ этой стороны.

Но какъ бы то ни было, судья все-таки въ разсмотрѣнныхъ случаяхъ бываетъ иногда вынужденъ постановить рѣшеніе, не согласное съ истиною. Отрицать этого нельзя; но съ другой стороны, возводить эти случаи въ общее правило и на нихъ основывать дѣленіе самой истины на матеріальную и формальную; утверждать, что лишь послѣдняя составляетъ будто бы удѣлъ гражданскаго суда [1]), что судъ гражданскій добивается только того, чтобы его рѣшеніе было истиннымъ съ формальной, внѣшней стороны, что о внутренней правдѣ ему нечего заботиться—это глубокое заблужденіе. Противъ него весьма разумно возражаютъ, что истина едина [2]), что дѣленіе истины на полную и неполную логически невѣрно, ибо неполная истина не есть истина. Если стремленіе къ этой неполной, формальной истинѣ есть задача суда, то значитъ гражданскій судъ не есть судъ правды. Разсмотрѣнные случаи, давшіе поводъ къ такому воззрѣнію, были, есть и всегда будутъ исключеніями и оправдываются единственно невозможностью ихъ избѣжать; они указываютъ лишь на неизбѣжную относительность истины, объявляемой судомъ, на невозможность достигнуть ея при всемъ желаніи. Неужели изъ-за невозможности оказать помощь всѣмъ нуждающимся въ ней, мы должны отказаться отъ мысли помогать ближнимъ? Случаи, мною разсмотрѣнные, утопаютъ, исчезаютъ въ массѣ случаевъ противоположнаго характера, гдѣ судья, не становясь инквизиторомъ, сознательно стремится къ истинѣ, правдѣ и, по мѣрѣ силъ и умѣнья, достигаетъ ея. Судьѣ, созданному уставами 20 ноября, открываются свободные пути къ достиженію этой цѣли. Его свободному убѣжденію и доброй совѣсти открывается широкій просторъ—особенно въ оцѣнкѣ достовѣрности данныхъ, приводимыхъ въ подтвержденіе правильности заявленій тяжущихся: судья опредѣляетъ силу доказательствъ по „убѣжденію совѣсти“ (ст. 129), по „усмотрѣнію“ (ст. 437), по „достовѣрности, ясности, полнотѣ и вѣроятности“ (ст. 102, 411). Какая рѣзкая противоположность тому дореформенному судьѣ, который, напримѣръ, въ случаѣ противорѣчія свидѣтельскихъ показаній, долженъ былъ „давать преимущество мужчинѣ передъ женщиной, знатному передъ незнатнымъ, ученому передъ неученымъ, духовному передъ свѣтскимъ“ (ст. 405, т. X, ч. 2, изд. 1857 г.). Судья современный ничѣмъ подобнымъ не связанъ: за исключеніемъ отдѣльныхъ законныхъ предположеній, исключающихъ доказательство противнаго, ему дается возможность, не вторгаясь въ сферу частныхъ правъ, стремиться къ истинѣ, не формальной только, и достигать ея.

Перехожу ко второй цѣли судебнаго преобразованія—водворенію „милости“ въ судахъ. Судомъ милостивымъ мы называемъ судъ, поставленный закономъ въ благопріятныя условія для того, чтобы, снисходя къ положенію отдѣльныхъ лицъ, устранить или облегчить тяжесть невыгодныхъ послѣдствій этого положенія. Чрезвычайно тяжелымъ и невыгоднымъ, при дурной судебной органи-

---

[1]) См. старыхъ криминалистовъ, напр. Zachariae, Handb. des Str.-R. B. 1, стр. 39.
[2]) Canstein, l. c., стр. 27.

заціи, можетъ быть положеніе лицъ, поставленныхъ въ необходимость имѣть дѣло съ судомъ—не говоря уже о роковыхъ послѣдствіяхъ судебнаго приговора или рѣшенія—а потому и милость суда должна проявляться не только въ милостивомъ приговорѣ или рѣшеніи, но и гораздо ранѣе. Это весьма рельефно сказывается въ уголовной юстиціи; уголовный судъ, созданный уставами 20 ноября, не только въ лицѣ присяжныхъ засѣдателей можетъ давать снисхожденіе подсудимому, но и не въ правѣ заставлять подсудимыхъ многіе годы томиться въ острогѣ въ ожиданіи суда. Въ сферѣ юстиціи гражданской милость эта проявляется не столь рельефно, но область ея нѣсколько шире: въ уголовномъ процессѣ милостью пользуется лишь подсудимый, въ гражданскомъ—не только лицо привлеченное, отвѣтчикъ, но иногда и истецъ; оба эти лица могутъ быть поставлены въ тяжелое положеніе не только рѣшеніемъ суда, но и ранѣе постановленія этого рѣшенія; имѣя дѣло съ судомъ, оба они могутъ заслуживать снисходительнаго къ себѣ отношенія. Стоитъ только вспомнить, какимъ безконечнымъ мытарствамъ подвергались тяжущіеся, при дореформенныхъ порядкахъ, не говоря уже о суровости рѣшеній, согласныхъ съ формальной истиной, чуждыхъ всякаго снисхожденія. Духъ Судебныхъ Уставовъ совершенно противоположнаго свойства. Милостивое, снисходительное отношеніе суда къ частнымъ лицамъ сказывается съ первыхъ же шаговъ обращенія тяжущихся къ суду и доходитъ до конца судебной процедуры. Къ бумагамъ, подаваемымъ въ судъ, не предъявляется строгихъ формальныхъ требованій: то или другое упущеніе, если оно не таково, что по причинѣ его рѣшеніе дѣла невозможно, не влечетъ за собою, какъ это было прежде, оставленія просьбы безъ разсмотрѣнія; судъ даже извѣщаетъ лицо, подавшее бумагу, о необходимости исправить упущенія (ст. 270). Судъ, неудовлетворенный неумѣлыми объясненіями тяжущихся, можетъ войти въ предварительное обсужденіе вопроса, требуетъ-ли дѣло для наилучшаго выясненія письменной подготовки, и предписываетъ обмѣнъ состязательныхъ бумагъ, если оно, по его мнѣнію, того требуетъ (ст. 354); онъ не въ правѣ безучастно, холодно относиться къ словамъ тяжущихся; судья, не придираясь къ выраженіямъ, во время состязанія входитъ въ оживленный, чуждый формализма, обмѣнъ мыслей съ тяжущимися, выражающимися неясно или неопредѣленно (ст. 335). Судья, видя, что тяжущійся представилъ мало доказательствъ, указываетъ ему на необходимость дополненія ихъ (ст. 368) и т. д. Можно бы привести сотни статей, изъ которыхъ видно, къ какому участливому, снисходительному отношенію къ тяжущимся законъ обязываетъ судью: упущенія, недомолвки, неточности и т. п., извинительныя для малосвѣдущаго, неопытнаго человѣка, не влекутъ за собой никакихъ для него невыгодъ — ему открывается возможность все это пополнить, исправить; онъ не испытываетъ на себѣ тяжести обращенія къ суду.

Этотъ духъ снисхожденія, милости проявляется еще рѣзче въ рѣшеніяхъ суда. Рельефнѣйшіе случаи, когда нашъ уставъ даетъ судьѣ возможность быть милостивымъ, могутъ быть сведены къ двумъ группамъ: случаи, касающіеся мировой юстиціи и случаи общаго характера.

Что касается случаевъ первой группы, то милость, проявляемая мировымъ судьею, какъ нельзя болѣе гармонируетъ съ основною идеею этого института. Нашъ мировой судья не есть, какъ нѣкоторые думаютъ, растеніе, пересаженное къ намъ съ англійской почвы—институтъ этотъ мы заимствовали у Франціи. Если вспомнить, что говорилось въ національномъ собраніи, въ 1790 году, при обсужденіи проекта организаціи этого института, то придется признать, что имѣлось въ виду создать именно судъ милостивый; мировой судья, говорили восторженные ораторы, это отецъ въ кругу своихъ дѣтей; это лицо, пользующееся безграничнымъ довѣріемъ и уваженіемъ и высокимъ авторитетомъ въ обществѣ; это судья свободный отъ формальныхъ путъ, мѣшающихъ ему разобраться, гдѣ право, гдѣ неправо; стоитъ ему сказать слово

и несправедливость изгоняется, распри умолкають [1]), Находящійся въ такомъ положеніи судья, конечно, можетъ разсыпать милость щедрою рукою. Нашъ мировой судья по идеѣ тоже долженъ быть такимъ авторитетнымъ и уважаемымъ миротворцемъ, относящимся отечески къ лицамъ, къ нему обращающимся; законъ открываетъ ему широкую дорогу къ милости.

Такъ, 1) мировому судьѣ предоставлено быть *третейскимъ судьею* по общимъ правиламъ, установленнымъ для третейскаго суда (В. у. мн. Г. С. 21 декабря 1887 г. п. 4); третейскій судья не связанъ ни процессуальнымъ, ни матеріальнымъ закономъ; онъ судитъ сообразно съ тѣми взглядами, какіе въ немъ сложились; суровый законъ замѣняется имъ правиломъ, проникнутымъ милостью. Положимъ, на разсмотрѣніе мирового судьи, какъ судьи третейскаго, предложенъ споръ по поводу договора, обезпеченнаго громадною неустойкою. Судья, въ общемъ порядкѣ, признавъ фактъ неисполненія, присудилъ бы неустойку полностью, а мировой судья, въ качествѣ судьи третейскаго, взвѣсивъ тѣ исключительно тяжелыя обстоятельства, въ которыхъ находился должникъ, напримѣръ, болѣзнь, пожаръ, лишеніе мѣста, которыя помѣшали ему исполнить обязательство, и придя къ выводу, что должникъ, при всемъ желаніи исполнить обязательство, не могъ этого сдѣлать, что нѣтъ ни малѣйшихъ признаковъ вины,—можетъ и не налагать гражданскаго наказанія, то есть не признать права кредитора на неустойку. Это ли не милость, проявить которую законъ, однако, суду въ общемъ порядкѣ не дозволяетъ!

2) Мировой судья въ правѣ, при ссылкѣ одной или обѣихъ сторонъ и при отсутствіи на данный случай прямого закона, разрѣшить дѣло на основаніи нормы *обычнаго права* (ст. 130 уст. г. с.); окружные суды въ случаѣ недостатка закона рѣшаютъ дѣло согласно общему смыслу закона; мировой же судья можетъ обратиться и къ обычному праву. Понятно, что въ тѣхъ случаяхъ, когда общій смыслъ закона заставляетъ разрѣшать данный споръ крайне сурово, а норма обычнаго права проникнута милостью, мировой судья, примѣняя ее, олицетворяетъ собою судью милостиваго. Возьмемъ примѣръ. Общаго закона о задаткѣ въ договорахъ у насъ не имѣется. По общему смыслу закона лицо, получившее задатокъ, въ случаѣ неисполненія имъ своей обязанности, обязано уплатить двойной задатокъ; по обычному же праву многихъ мѣстностей лицо, получившее задатокъ и не исполнившее своей обязанности, только возвращаетъ задатокъ; въ тѣхъ мѣстахъ, гдѣ господствуетъ послѣднее воззрѣніе, на обязанность уплатить двойной задатокъ смотрятъ, какъ на вопіющую несправедливость [2]). Понятно, что мировой судья, который, основываясь на обычаѣ, присудитъ лицо только къ возврату задатка, будетъ судьею милостивымъ, сравнительно съ тѣмъ судьею, который, по закону, присудитъ уплату двойного задатка.

3) Мировой судья обязанъ склонять тяжущихся къ *примиренію*, указывая даже дѣйствительные къ тому способы (ст. 70). Правительствующій Сенатъ обращалъ вниманіе нашихъ мировыхъ судей именно на эту ихъ обязанность; они не должны относиться къ ней формально, безучастно, а должны смотрѣть на нее, какъ на главнѣйшую; они должны въ теченіе всего производства принимать мѣры къ примиренію и, только при полной безуспѣшности ихъ, постановить свое рѣшеніе [3]); по самой идеѣ мирового суда нормальнымъ исходомъ процесса должно быть примиреніе, а не судебное, принудительное рѣшеніе. Какое дѣйствительно сильное средство дается въ руки судьѣ для

---

[1]) Moniteur отъ 13 Frim. IX т. см. у Frey, Frankreichs Civil-und Criminalordnung, стр. 42.

[2]) См. ст. Двадцатилѣтняя практика Кемецкаго вол. суда, стр. 62—63.

[3]) Рѣш. Г. К. Д. С. 1879 г. № 334.

проявленія милости, какъ сильно онъ можетъ облегчить тяжелое положеніе, напр., отвѣтчика, попавшагося въ когти кредитора-истца, къ какимъ уступкамъ онъ можетъ склонить кредитора! Положимъ, извѣстный въ данный мѣстности ростовщикъ привлекаетъ на судъ своего должника; мировой судья можетъ, основываясь на заявленіи отвѣтчика, что тотъ не получилъ и половины суммы, прописанной въ документѣ, склонить истца къ уступкѣ, скидкѣ, къ уменьшенію процентовъ; можетъ предложить отъ имени отвѣтчика полученіе въ счетъ долга вещи, совершеніе въ счетъ долга извѣстнаго дѣйствія и т. п.; въ результатѣ: мировая сдѣлка, отвратившая имущественную катастрофу въ видѣ продажи пожитковъ, отвратившая раззореніе. Это ли не милость!

Наконецъ, 4) мировой судья имѣетъ право *разсрочить* должнику присужденную съ него уплату на опредѣленные сроки (ст. 136 у. г. с.). Это благодѣтельное право онъ можетъ осуществить по отношенію къ должнику, не имѣющему средствъ для удовлетворенія кредитора—это милость, оказываемая судьею по прямому велѣнію закона. Что это дѣйствительно милость въ глазахъ закона—быть можетъ, даже въ ущербъ интересамъ кредитора—видно изъ того, что законъ сурово относится къ отвѣтчику, злоупотребившему оказаннымъ ему снисхожденіемъ: должникъ, допустившій неисправность, „подвергается немедленному взысканію всей присужденной суммы“.

Вотъ первая группа случаевъ, когда судьѣ дается возможность быть милостивымъ. Перехожу ко второй группѣ, т.-е. къ случаямъ, касающимся какъ мировой, такъ и общей юстиціи. Важнѣйшіе изъ этихъ случаевъ сводятся къ слѣдующимъ тремъ категоріямъ:

1) *Квалификація дѣйствій лица.* Гражданскому суду сплошь и рядомъ приходится опредѣлять характеръ и внутреннія свойства даннаго дѣйствія. Отъ того или другого, сдѣланнаго судомъ, опредѣленія зависитъ наступленіе выгодныхъ или невыгодныхъ послѣдствій для частныхъ лицъ; потому-то судъ долженъ войти въ детальное разсмотрѣніе даннаго дѣйствія, не упуская изъ виду индивидуальныхъ свойствъ и качествъ лица дѣйствовавшаго, обстановки дѣйствія и т. п. Въ этихъ случаяхъ судья, придавая значеніе индивидуальнымъ чертамъ даннаго случая, съ единственною цѣлью его квалифицировать, невольно являетъ милость такому лицу, которое дѣйствовало подъ вліяніемъ невыгодно сложившихся для него условій. Только судья пореформенный располагаетъ данными для того, чтобы оцѣнить значеніе даннаго факта, и придавъ ему надлежащую оцѣнку, явить милость лицу дѣйствовавшему. Предложимъ нѣсколько примѣровъ. Различіе между неосторожностью, небрежностью, culpa, и случаемъ, casus, настолько же тонко, насколько существенно для интересовъ лица дѣйствовавшаго: если причиненъ убытокъ по неосторожности, небрежности—лицо отвѣчаетъ и обязано вознаградить; если случайно—свободно отъ отвѣтственности. По нашему праву лицо, взявшее чужую вещь на сохраненіе, въ случаѣ гибели вещи вслѣдствіе пожара, освобождается отъ отвѣтственности лишь тогда, когда ради спасенія этой вещи должно было пожертвовать своею (ст. 2105); слѣдовательно, если ему предстоитъ выборъ, спасти свою вещь или чужую, то оно спокойно можетъ спасать свою вещь. Но изъ этого едва ли можно сдѣлать выводъ, что въ томъ случаѣ, когда лицо могло спасти и свою вещь, и чужую, но не сдѣлало этого относительно чужой вещи, оно всегда отвѣчаетъ за гибель этой вещи; это было бы жестоко: пришлось бы привлечь одинаково къ отвѣтственности изъ двухъ лицъ, спасшихъ свою вещь, но оставившихъ на жертву огню чужую вещь, и то, которое сдѣлало это совершенно спокойно, и то, которое, подъ вліяніемъ ужасовъ пожара, находилось въ потрясенномъ психическомъ состояніи. Судья, который приметъ во вниманіе психическое состояніе этого лица, поступитъ по закону и явитъ вмѣстѣ съ тѣмъ милость къ пострадавшему, освободивъ его отъ отвѣтственности. Другой примѣръ. Лица, вступающія въ договоръ, должны

быть предусмотрительны, осторожны; отсутствіе этой предусмотрительности навлекаетъ на лицо невыгодныя послѣдствія—оно должно пенять на самого себя. Но этой предусмотрительности есть извѣстный предѣлъ; нельзя требовать ея въ чрезмѣрной степени. Судья не долженъ видѣть идеалъ человѣка въ педантѣ и всякаго не-педанта считать опрометчивымъ, заставляя его всегда страдать за эту опрометчивость [1]). Степень предусмотрительности зависитъ отъ чисто-личныхъ, индивидуальныхъ условій. Лицо, несвѣдущее въ техникѣ, нанимаетъ квартиру; черезъ нѣкоторое время квартира оказывается сырою—квартирантъ и неповинные члены его семьи заболѣваютъ, быть можетъ, нѣкоторые изъ нихъ умираютъ отъ дурного воздуха. Онъ обращается къ суду съ просьбой уничтожить контрактъ, въ виду негодности нанятой вещи для пользованія. Судья долженъ уничтожить договоръ, не принимая въ соображеніе заявленія отвѣтчика о томъ, что истецъ долженъ былъ, при самомъ заключеніи договора, примѣнить всѣ средства испытанія сырости стѣнъ, а не сдѣлавъ этого, не можетъ извлекать выгоды изъ собственнаго небреженія. Тутъ нѣтъ небреженія: требовать отъ лица знакомства со всѣми областями техники и умѣнья прилагать новѣйшіе пріемы ея вездѣ, гдѣ встрѣтится надобность, карать лицо за отсутствіе спеціальныхъ знаній и неумѣніе ими пользоваться—жестоко. Судья, если онъ все это приметъ во вниманіе и освободитъ нанимателя отъ необходимости жить въ сырой квартирѣ, будетъ судьею милостивымъ.

2) Судьѣ дается возможность быть милостивымъ и при *истолкованіи договоровъ*. Тутъ законъ самъ прямо указываетъ на эту возможность. Римскіе юристы самыхъ разнообразныхъ направленій [2]) выставили то общее правило, что сомнѣніе встрѣтившееся при истолкованіи договоровъ, должно быть разрѣшаемо въ пользу должника, противъ кредитора; мотивомъ этого правила они выставляютъ то соображеніе, что фактически кредиторъ имѣетъ большее значеніе при составленіи договора; часто должникъ находится въ зависимости отъ него; онъ имѣетъ полную возможность точно и ясно опредѣлить свои права. Это правило перешло, между прочимъ, во французскій кодексъ, а оттуда въ нашъ X т. [3]); нашъ законъ предписываетъ, при недостаточности правилъ толкованія имъ предложенныхъ, „изъяснять договоръ болѣе въ пользу того, кто обязался“, и присовокупляетъ: „по тому уваженію, что отъ противной ему стороны зависѣло опредѣлить предметъ обязательства съ большею точностью“ (ст. 1539 1 ч. X т.). Ограниченій при этомъ нашъ законъ никакихъ не выставляетъ; между тѣмъ какъ въ римскомъ (такъ назыв. causae favorabiles) и французскомъ правѣ (ст. 1162 C. c.) таковыя имѣются; такъ напр., по послѣднему, сомнѣніе въ договорѣ купли-продажи истолковывается всегда въ пользу покупщика (ст. 1602 C. c.). Нашъ законъ всегда даетъ болѣе широкій просторъ примѣненію правилъ объ истолкованіи договора въ пользу должника. Это большая милость проявляемая въ пользу должника — милость, вызванная зависимымъ положеніемъ должника отъ кредитора. Могутъ возразить, что милость эта могла быть проявляема и дореформеннымъ судьею, ибо упомянутое правило дѣйствовало задолго до судебной реформы. На это позволю себѣ замѣтить, что сомнѣніе есть удѣлъ образованнаго ума; для судьи—узкаго практика, не имѣющаго юридическаго образованія, все совершенно ясно: онъ всегда и во всемъ признаетъ себя и ком-

---

[1]) Unger, Syst. d. öst. Privatr. B. 2 стр. 243—244.

[2]) Ulpianus (l, 38, 9, 13. D. de verb. obl. 45, 1). Papinianus (l. 39 D. de pact. 2, 14). Paulus et Labeo (l. 21. D. de contr. empt. 12, 1). Celsus (l, 26; D. de reb. dub. 34, 6).

[3]) Голевинскій, О происхожденіи и дѣленіи обязательствъ, стр. 130.

[4]) См. Baron, Pandecten, стр. 114.

петентнымъ, и авторитетнымъ. Только судья пореформенный можетъ, послѣ примѣненія правилъ X тома о толкованіи договоровъ, еще оставаться въ сомнѣніи и разрѣшить его въ пользу должника.

Наконецъ, 3) перехожу къ случаямъ, когда судьѣ дается возможность быть милостивымъ при *толкованіи закона*. Судебные Уставы приняли одно въ высшей степени плодотворное положеніе, благодаря которому и наука права пріобрѣла жизненное, практическое значеніе; въ силу этого положенія, судья, въ случаѣ неполноты, неясности, недостатка или противорѣчія, основываетъ рѣшеніе на общемъ смыслѣ законовъ (ст. 9 у. г. с.). Помощь въ отысканіи этого общаго смысла законовъ судья можетъ получить только отъ науки. Она даетъ ему не только результаты своей работы, но и посвящаетъ его въ тайны своихъ операцій—она даетъ ему правила толкованія, раскрытія смысла законовъ. Въ самомъ законѣ правила эти не содержатся; онъ предоставляетъ судьѣ полную свободу въ пользованіи пріемами толкованія. Судья обращается къ наукѣ. Римскій юристъ Цельзъ первый указалъ ученому міру на одно правило толкованія законовъ, правило затѣмъ принятое всѣми цивилистами. Законъ, говоритъ онъ, долженъ быть толкуемъ милостиво, снисходительно. Проницательный умъ великаго юриста раскрылъ намъ и причину, почему именно такъ должны быть толкуемы законы: „потому, говоритъ онъ, что такимъ путемъ наилучшимъ образомъ осуществится воля законодателя" [1]) то есть потому, что законодатель проникнутъ снисходительностью, милостью. Эта милость, снисходительность, скажемъ мы, выражаетъ собою самый общій „смыслъ" закона. Случаи, когда приходится прибѣгать къ этому общему смыслу—вездѣ многочисленные—имѣются и у насъ. Возьмемъ примѣръ „неясности" закона, то есть такого недостатка, vitium закона, при которомъ получаются два противорѣчащихъ другъ другу результата толкованія его, причемъ то и другое толкованіе одинаково солидны и основательны. Въ нашемъ X томѣ Св. Зак. есть такой неясный законъ—это 683 статья. По одному толкованію, законъ, признавая за лицами, потерпѣвшими вредъ или убытокъ вслѣдствіе смерти или поврежденія здоровья, право на полное вознагражденіе отъ владѣльцевъ желѣзно-дорожныхъ или пароходныхъ предпріятій, объявляетъ недѣйствительными договоры, заключенные названными владѣльцами съ потерпѣвшими, въ отмѣну или измѣненіе этого права, лишь *до, ранѣе* крушенія поѣзда или парохода [2]); по другому толкованію такіе договоры недѣйствительны, будутъ ли они заключены *до* или *послѣ* крушенія [3]). Оба эти толкованія не уступаютъ другъ другу въ солидности, основательности. Которое же болѣе соотвѣтствуетъ общему смыслу закона? Законъ, содержащійся въ этой статьѣ, проникнутъ духомъ особенной попечительности, заботливости государства объ интересахъ лицъ пострадавшихъ отъ крушенія, въ виду чего первое толкованіе рѣшительно противно его общему смыслу. Произошло крушеніе; не успѣли изувѣченные опомниться, родные убитыхъ осмотрѣться, уже являются агенты желѣзно-дорожной компаніи и предлагаютъ пострадавшимъ обыкновенно не малую, но значительно меньшую, сумму денегъ, чѣмъ на какую тѣ имѣютъ право, но съ непремѣннымъ условіемъ письменно отказаться отъ всякихъ дальнѣйшихъ притязаній къ компаніи. Если, согласно первому

---

[1]) Celsus въ l. 18 D. de leg. 1, 3. Benignius leges interpetandae sunt, quo voluntas earum conservetur. Поправка Савиньи (Syst. B. 1, стр. 230 пр. i.) вмѣсто quo читать quatenus—не можетъ быть принята, какъ не мотивированная.

[2]) Вербловскій, Полож. о сов. по ж.-д. дѣламъ Общій уст. р. ж.-д. стр. 17—20. Шимановскій, О желѣзно-дор. уставѣ, стр. 93. Осецкій, Смерть и увѣчье и т. д. стр. 123—129.

[3]) Зейлигеръ, Отвѣтств. ж.-д. за вредъ и убытки. Ж. у. и гр. пр. 1889, кн. 4, стр. 12—26.

толкованію, признать эти договоры дѣйствительными, то пострадавшій лишается права на полное вознагражденіе; если же признать, согласно второму толкованію, что договоры эти недѣйствительны, то онъ будетъ вознагражденъ вполнѣ. Второе толкованіе и будетъ несомнѣнно единственно милостивое...

Вотъ въ какомъ смыслѣ слѣдуетъ понимать слова „правда“ и „милость“ въ гражданскомъ судѣ. Съ первыхъ дней созданія новыхъ судовъ и посейчасъ наши судебные дѣятели въ такомъ смыслѣ ихъ и понимали, и осуществляли. Мы глубоко убѣждены, что и впредь девизомъ нашей судебной дѣятельности будутъ многознаменательныя слова указа 20 ноября: „да правда и милость царствуютъ въ судахъ“.

---

# III.

## Принципъ тождества въ гражданскомъ процессѣ [1]).

### ВВЕДЕНІЕ.

Нерѣдко великая мысль, брошенная тѣмъ или другимъ ученымъ какъ-бы мимоходомъ, безъ сознанія особенно важнаго ея значенія, остается — именно благодаря этой мимолетности — долгое время незамѣченною; ее могутъ даже замѣтить, могутъ повторить, не сознавая ея особенной научной цѣны. Спустя многіе годы мысль эта становится предметомъ научнаго анализа; ученые принимаются за дальнѣйшее развитіе ея, дѣлаютъ изъ нея рядъ выводовъ, и оказывается, что это величайшая научная истина, свѣтильникъ, озаряющій яркимъ свѣтомъ до того незамѣченные пути научнаго изслѣдованія. Это случилось съ тою мыслью, что „гражданскій процессъ есть юридическое отношеніе, отличное отъ того юридическаго, матеріально-правоваго отношенія, которое подлежитъ разрѣшенію суда.“ Вопросъ о томъ, кто первый высказалъ эту мысль является спорнымъ. Такъ, Менгеръ полагаетъ, что Ветцель первый ее высказалъ [2]). Это не совсѣмъ вѣрно. Ветцель хотя и различаетъ „actio“, спорное правоотношеніе, отъ judicium'а, правоваго спора, происходящаго передъ судомъ, но послѣднее вовсе не является у него самостоятельнымъ, независимымъ отъ перваго, юридическимъ отношеніемъ; это уже видно изъ того, что, по его словамъ, actio, предложенная на разсмотрѣніе суда, обращается въ judicium [3]); то-есть выходитъ такъ: та-же actio принимаетъ съ момента обращенія къ суду другой видъ, видъ judicium'a. Дѣло вовсе не въ томъ. Actio порождаетъ нѣчто совсѣмъ другое; сама она остается actio, но вызываетъ правоотношеніе совсѣмъ иного рода, иного характера — отношеніе процессуальное, отношеніе между судомъ и сторонами. Другіе напр. Бюловъ, указываютъ на Бетмана-Гольвега, „отъ глубокаго взгляда котораго не ускользнула эта мысль; но онъ бросилъ эту мысль, не развивъ ее далѣе“ [4]). Но это

---

[1]) Первое изд. 1884 г., второе — 1886 г.

[2]) Menger—System des österr. Civilprocessrechts. Wien. 1876. B. 1. S. 296.

[3]) Wetzell—System des ord. Civilproc. Leipzig. 1871. (3 Auft) S. 114.

[4]) Bülow—Die Lehre von den Processeinreden und Processvoraussetzungen. Giessen. 1868. S. 1.

обстоятельство, т.-е. что онъ лишь высказалъ эту мысль и не развилъ ея далѣе, не сдѣлалъ изъ нея никакого примѣненія, и не даетъ намъ права выдѣлять его изъ ряда другихъ. До него, и задолго до него, мысль эта была высказана, но не развита въ деталяхъ, весьма многими учеными. Мы кажется не ошибемся, если скажемъ, что мысль эта впервые была высказана Іоанномъ Андреемъ въ 1346 г. въ приложеніяхъ къ изданному имъ сочиненію В. Дурантиса [1]). Высказалъ онъ ее въ такой формѣ: „judicium est actus trium personarum sc. judicis, rei et actoris“; развитіе, ходъ, движеніе, processus этого actus'а и составляетъ предметъ науки судопроизводства. Прошло нѣсколько столѣтій, въ теченіе которыхъ мысль эта высказывалась всегда мимоходомъ. Изъ новѣйшихъ юристовъ Бетманъ-Гольвегъ [2]), Кохъ [3]) и другіе [4]) тоже высказывали ее. Нѣкоторые ученые, напр., Канштейнъ [5]), Малышевъ [6]), Ульманъ [7]) даже говорятъ, что въ основу своихъ курсовъ кладутъ эту мысль, но на дѣлѣ это не оправдывается — лишь изрѣдка мысль эта у нихъ всплываетъ, а затѣмъ опять исчезаетъ. Первый, обратившій на нее вниманіе ученаго міра, указавшій громадное ея значеніе въ дѣлѣ научной разработки, былъ профессоръ, тогда гиссенскаго, нынѣ тюбингенскаго университета, Оскаръ Бюловъ. Потому-то по всей справедливости новѣйшее направленіе въ наукѣ гражданскаго процесса, направленіе, берущее за отправную точку научнаго изслѣдованія то положеніе, что процессъ есть юридическое отношеніе, можетъ быть названо бюловскимъ [8]). Бюловъ тоже не развилъ свою мысль во всѣхъ подробностяхъ, не остановился на разностороннемъ анализѣ ея, не вывелъ всѣхъ послѣдствій, изъ нея вытекающихъ, но онъ первый указалъ на громадное ея значеніе и примѣнилъ ее къ одному частному, весьма важному вопросу, а именно, къ вопросу о процессуальныхъ возраженіяхъ. Взглянувъ на процессъ, какъ на юридическое отношеніе, онъ прежде всего обращается къ разсмотрѣнію тѣхъ условій, предположеній, при наличности которыхъ процессуальное отношеніе можетъ возникнуть; указавъ на эти условія, онъ приходитъ къ тому, что процессуальныя возраженія суть нечто иное, какъ заявленія тяжущихся, въ которыхъ (заявленіяхъ) въ отрицательной формѣ, выражены эти условія; на отсутствіе этихъ условій тяжущіеся могутъ указать суду — указанія эти и суть такъ называемыя процессуальныя возраженія [9]). По примѣру Бюлова и другіе ученые положили въ основаніе своихъ работъ ту-же мысль, причемъ съ особенною силою выдвигалось рѣзкое, характерное разграниченіе процессуальнаго отношенія отъ матеріально-правоваго.

Когда въ 1876 и особенно въ 1877 году, въ Германіи и Австріи началась оживленная научная разработка гражданскаго процесса, мысль, что процессъ есть юридическое отношеніе, стала подвергаться тщательному анализу.

---

[1]) W. Durautis—Speculum judiciale cum add. Io. Andréae 1346.

[2]) Bethman-Hollveg—Civilprocess des gem. Rechts in gesch. Entwikelung Bonn. 1862. B. 1 s. 22, 63.

[3]) Koch-Preuss. Civilprocess. Berlin. 1854. § 8.

[4]) Дегенкольбъ (Einlassungswang und Urtheilsnorm. Leipzig. 1881. § 2) находитъ эту мысль и у Гегеля (Rechtsphilosophie § 222).

[5]) Caustein — Lehrbuch der Geschichte und Theorie des öster. Civilprocessrechts. 3. B. Berlin. 1880—82.

[6]) Малышевъ—Курсъ гражд. судопр. Спб. 3 тома 1875—1879.

[7]) Ullmann—Das österr. Zivilprocessrecht. Prag. 1885.

[8]) Направленіе это начинаетъ сказываться и въ разработкѣ уголовнаго процесса см. Binding. Grundriss des gem deutsch. Strafprocessrechts. Leipzig. 1881. Самъ Бюловъ, въ предисловіи къ упомянутому сочиненію, говоритъ, что мысль его должна имѣть значеніе и для уголовнаго процесса стр. VI.

[9]) Bülow—н. с. стр. 1—20, 303—314.

Плочъ положилъ ее въ основаніе своего сочиненія объ исковомъ правѣ или о правѣ иска. Право это онъ опредѣляетъ съ субъективной стороны, какъ право установленія, основанія процесса (Processbegründungsrecht). Все сочиненіе Плоча посвящено анализу этого права, причемъ онъ старается доказать, что право иска есть самостоятельное, публичное право, право, которое ошибочно отождествляется съ матеріальнымъ правомъ, подлежащимъ обсужденію суда — это послѣднее есть лишь основаніе, титулъ права иска. Заслуга Плоча заключается именно въ томъ, что онъ, исходя изъ понятія процессуальнаго отношенія, блистательно, лучше всѣхъ своихъ предшественниковъ, разрѣшилъ спорный и важный вопросъ о существѣ права иска [1]).

Затѣмъ, Менгеръ, который, однако не вполнѣ раздѣляетъ мысль Бюлова, воспользовался ею для разрѣшенія труднаго вопроса о дѣйствіи процессуальныхъ законовъ во времени. Менгеръ, принявъ за отправную точку мысль, что процессуальное отношеніе есть нѣчто отличное отъ матеріальнаго правоотношенія, основательно утверждаетъ, что въ каждомъ процессѣ примѣняются нормы двоякаго рода: процессуальныя и матеріально-правовыя; первыя нормируютъ процессуальное отношеніе; вторыя—спорное матеріальное отношеніе. Сила процессуальныхъ нормъ никогда не можетъ простираться на матеріальное правоотношеніе, сила матеріально-правовыхъ нормъ не можетъ простираться на процессуальное отношеніе. И къ тѣмъ, и другимъ нормамъ примѣняется въ равной мѣрѣ правило, что законъ обратной силы не имѣетъ [2]).

Результатами изслѣдованій Бюлова, Плоча и Менгера не исчерпываются богатства, уже внесенныя въ науку новымъ направленіемъ. Оно выдвинуло такіе вопросы, которые процессуалистамъ стараго направленія и въ голову не приходили, напр., вопросъ о процессуальныхъ правахъ и обязанностяхъ. Что вопросъ этотъ напрашивается самъ собою именно при изслѣдованіи гражданскаго процесса, какъ юридическаго отношенія sui generis,—понятно. Всякое юридическое отношеніе есть комплексъ правъ и обязанностей; если процессъ есть юридическое отношеніе, то вопросъ о процессуальныхъ правахъ и обязанностяхъ, изъ которыхъ оно слагается, становится вопросомъ первостепенной важности. Образовалась цѣлая литература, въ которой видное мѣсто заняли имена: того же Бюлова [3]), Ваха [4]), Дегенкольба [5]), Биркмайера [6]),—литература, посвященная вопросу о процессуальныхъ обязанностяхъ вообще и въ частности объ обязанности отвѣтчика вступить въ процессъ (Einlassungspflicht). То или другое разрѣшеніе вопроса рѣшительно вліяетъ на постановку цѣлаго ряда институтовъ гражданскаго процесса. Напримѣръ, Бюловъ [7]) пришелъ къ тому заключенію, что процессуальныхъ обязанностей сторонъ вовсе не существуетъ, но что процессуальное отношеніе отъ начала до конца проникнуто принципомъ преклюзивности; принципъ этотъ заключается въ томъ, что своевременное неосуществленіе стороною своего процессуальнаго права влечетъ за собою продолженіе процесса безъ участія управомоченнаго; то, что

---

¹) Plösz—Beiträge zur Theorie des Klagerechts. Leipzig. 1880. S. 5—19.

²) Menger н. с. стр. 195, 196.

³) Bülow. Processualische Fictionem und Wahrheiten въ Arch. für die civil. Praxis 1879. B. 62 S. 1—96.

⁴) Wach. Defensionspflicht und Klagerecht въ Zeitschr. für priv. und öff. Recht. 1879. B. 6. S. 515 — 857, 593 — 596. Его-же. Präclusion und Contumaz, тамъ же, 1880. B. 7. S. 130—171.

⁵) Вышеуказ. соч.

⁶) Birkmayer. Der Begriff der Streiteinlassung des Beklagten въ Arch. für die civil Praxis 1882. B. 67. S. I—III.

⁷) Bülow. Fictionen, стр. 60 — 60.

многіе, напр., Рено [1]), Дегенкольбъ [2]), Вахъ [3]), считаютъ обязанностью, есть, по Бюлову, нечто иное, какъ право, но право преклюзивное. Благодаря такому взгляду совершенно измѣняются и уясняются многія темныя ученія процесса, напр. ученіе о litis contestatio: оно теряетъ то значеніе, какое имѣло въ римскомъ правѣ; молчаніе, неявка отвѣтчика, влечетъ за собою продолженіе процесса, не въ силу фиктивной litis contestatio, а въ силу неосуществленія преклюзивнаго права отвѣтчика вступать въ процессъ; затѣмъ, въ ученіи о подсудности, рядомъ съ пророгаціоннымъ договоромъ, отмѣняющимъ правила субъективной или относительной компетенціи, вносится, благодаря такому взгляду, въ науку важный вопросъ о молчаніи отвѣтчика въ случаѣ предъявленія иска въ субъективно или относительно некомпетентный судъ, т.-е. вопросъ о преклюзивномъ правѣ отвѣтчика требовать соблюденія правилъ субъективной или относительной компетенціи; далѣе, въ ученіи объ измѣненіи иска вносится анализъ преклюзивнаго права противиться измѣненію иска, въ ученіи о доказательствахъ — анализъ преклюзивнаго права опровергать доказательства, приводимыя противникомъ и т. д.

Кромѣ намѣченныхъ нами, въ самыхъ общихъ чертахъ, результатовъ работъ въ духѣ новаго направленія нельзя не указать еще на два весьма важныхъ обстоятельства, являющихся залогомъ будущаго широкаго, плодотворнаго развитія науки процесса, а именно, благодаря возможности или, вѣрнѣе, необходимости анализа гражданскаго процесса, какъ юридическаго отношенія, во-1-хъ (со стороны метода), онъ становится предметомъ изслѣдованія юридической теоріи права [4]), и во-2-хъ, въ наукѣ процесса становится возможнымъ примѣненіе чисто юридической системы изложенія.

Сдѣланная нами общая характеристика новаго направленія въ научной разработкѣ гражданскаго процесса уже показываетъ чего можно ожидать отъ него въ будущемъ. Знакомясь ближе съ работами стараго направленія, мы замѣчаемъ множество ошибокъ, происходящихъ отъ смѣшенія двухъ понятій: процессуальнаго отношенія и матеріально-правоваго, спорнаго отношенія. Разграниченіе этихъ двухъ понятій является отчасти и теперь, и будетъ несомнѣнно въ будущемъ величайшею заслугою новаго направленія: новые взгляды, новыя построенія, новые принципы, благодаря этому разграниченію, несомнѣнно будутъ внесены въ нашу науку.

При разработкѣ и изложеніи науки гражданскаго процесса въ духѣ новаго, чисто юридическаго направленія, и мы старались, прежде всего, рѣзко разграничить оба указанныя понятія,—процессуальнаго и матеріальноправоваго отношенія,—а затѣмъ анализировать лишь одно изъ нихъ, именно, процессуальное отношеніе, какъ конкретное юридическое отношеніе sui generis. При этой работѣ мы невольно задались вопросомъ: какое же отношеніе существуетъ между обоими упомянутыми понятіями, чѣмъ собственно является спорное матеріальное правоотношеніе, по отношенію къ процессуальному отношенію? Вопросъ этотъ можетъ быть рѣшенъ шаблонно и чрезвычайно просто. Отвѣтъ имѣется готовый въ литературѣ стараго направленія. Стоитъ раскрыть любой учебникъ гражданскаго процесса, и увидимъ, что между *процессомъ* и *спорнымъ провоотношеніемъ* или искомъ существуетъ то отношеніе, что послѣднее является предметомъ перваго [5]). Если „процессъ“ = „процессуаль-

---

[1]) Renaud. Lehrbuch des gemeinen deutsch. Civilproc. S. 486—487.

[2]) Degenkolb. н. с. особ., стр. 15—40.

[3]) Wach н. с. 520.

[4]) Пахманъ. О современномъ движеніи въ наукѣ права. Спб. 1882 г., стр. 43 и слѣд.

[5]) Osterloh. Lehrbuch des gemein. deutsh. Civilproc. B. 1 S. 32. Endemann, Das deutsche Civilprocessresht S. 6 Bayer, Vorträge über den gem. ordentl. Civilprocess S. 45 и др.

ному отношенію“, то спорное правоотношеніе будетъ по отношенію къ процессуальному отношенію тѣмъ же, чѣмъ оно является по отношенію къ процессу, т.-е. предметомъ его; слѣдовательно, спорное матеріальное отношеніе есть предметъ процессуальнаго отношенія. Отвѣтъ простъ, но получился онъ путемъ умозаключенія, въ которомъ кроется глубокая логическая ошибка, и именно въ томъ равенствѣ, которое лежитъ въ его основаніи, т.-е. „процессъ“ = „процессуальному отношенію“, „процессъ“ здѣсь означаетъ то, что старая школа понимала подъ этимъ словомъ, т.-е. сумма дѣйствій, а „процессуальное отношеніе“ есть сумма правъ и обязанностей. Понятно, что сумма дѣйствій не можетъ равняться суммѣ правъ и обязанностей. Очень можетъ быть, что спорное правоотношеніе есть предметъ процессуальныхъ дѣйствій; но оно не можетъ быть предметомъ правъ и обязанностей. Предметомъ правъ и обязанностей всегда является дѣйствіе, совершеніе коего или предоставляется управомоченному или обязательно для лица обязаннаго. Такъ что, предметомъ процессуальнаго отношенія, какъ комплекса правъ и обязанностей, являются дѣйствія субъектовъ этого отношенія, а не спорное правоотношеніе. Нужно замѣтить, что даже ученые, заявившіе, что они положили въ основаніе системы своихъ работъ взглядъ на процессъ, какъ на юридическое отношеніе, напр., Канштейнъ [1]), Малышевъ [2]), признаютъ предметомъ процесса спорное матеріальное правоотношеніе (иски, Ansprüche). Такая очевидная логическая ошибка объясняется тѣмъ, что ученые эти далеко не послѣдовательно проводятъ указанный взглядъ на процессъ: въ нѣкоторыхъ ученіяхъ они не рѣшаются провести этотъ взглядъ отъ начала до конца; такъ они не могутъ разстаться со старымъ опредѣленіемъ процесса: они опредѣляютъ его какъ систему *дѣйствій*. Одно изъ двухъ: или процессъ есть движущееся юридическое отношеніе или система дѣйствій... Давая такое опредѣленіе, они и не могли не считать предметомъ процесса, какъ суммы процессуальныхъ дѣйствій—спорное матеріально-правовое отношеніе. При послѣдовательномъ проведеніи указаннаго взгляда, они не могли бы считать спорное отношеніе предметомъ процессуальныхъ правъ и обязанностей. Какое же, однако, отношеніе между спорнымъ матеріальнымъ и процессуальнымъ отношеніями?

По крайнему нашему разумѣнію, спорное матеріальное правоотношеніе есть *поводъ* возникновенія и дальнѣйшаго существованія процессуальнаго отношенія. По поводу него послѣднее возникаетъ, существуетъ, т.-е. движется; измѣненія, въ немъ происходящія, отражаются на послѣднемъ; съ прекращеніемъ его послѣднее прекращается. Отношеніе повода къ тому, поводомъ чего оно служитъ, не есть отношеніе внѣшнее; матеріальное правоотношеніе находится съ процессуальнымъ отношеніемъ и въ отношеніи внутреннемъ: разрѣшеніе его является цѣлью тѣхъ дѣйствій, которыя суть предметы правъ и обязанностей, входящихъ въ составъ процессуальнаго отношенія. Это соотношеніе имѣетъ важное значеніе для внутренняго анализа процесса, для системы его. Установивъ его, мы вызываемъ на свѣтъ божій множество вопросовъ, имѣющихъ капитальное значеніе въ наукѣ. Первымъ, несомнѣнно, является вопросъ о томъ, чему, какимъ условіямъ должно удовлетворять спорное матеріальное правоотношеніе для того, чтобы быть поводомъ возникновенія и дальнѣйшаго существованія процессуальнаго отношенія? Этотъ вопросъ и мы себѣ задали. Задавшись имъ, предъ нами развернулась широкая картина новыхъ идей, новыхъ принциповъ, новыхъ обобщеній. Работа наша надъ разрѣшеніемъ вопроса, конечно, далеко еще не кончена. Пока намъ удалось разобрать одно изъ указанныхъ условій, а именно: 1) что поводомъ воз-

---

[1]) Canstein н. с. т. 1, стр. 2, 499 и слѣд.

[2]) Малышевъ н. с. 1, стр. 246 и слѣд.

никновенія процессуальнаго отношенія можетъ быть лишь такое спорное матеріальное правоотношеніе, которое свободно отъ внѣшняго тождества, т.-е. не тождественно съ другимъ спорнымъ отношеніемъ и 2) поводомъ дальнѣйшаго существованія, т.-е. движенія, процессуальнаго отношенія спорное матеріальное правоотношеніе можетъ быть лишь подъ тѣмъ условіемъ, чтобы оно не потеряло своего внутренняго тождества. Въ виду того, что положенія эти явились результатомъ обобщенія цѣлаго ряда юридическихъ явленій и опредѣляютъ собою условія возникновенія и бытія вообще процесса, мы вправѣ возвести ихъ на степень принципа, назвавъ его *принципомъ тождества.*

## ГЛАВА ПЕРВАЯ.

## **Опредѣленіе принципа тождества и фактическая его основа.**

### **I. Опредѣленіе принципа тождества.**

Принципъ тождества есть принципъ, въ силу котораго процессуальное отношеніе можетъ возникнуть лишь въ такомъ случаѣ, когда спорное матеріально-правое отношеніе, являющееся поводомъ его, свободно отъ всякаго внѣшняго тождества, а затѣмъ, разъ возникнувъ, можетъ продолжать свое правомѣрное существованіе лишь подъ условіемъ сохраненія спорнымъ правоотношеніемъ своего внутренняго тождества.

Укажемъ въ общихъ чертахъ на отдѣльные признаки этого опредѣленія; подробное изложеніе ихъ войдетъ въ составъ слѣдующей главы. 1) Первый самый общій признакъ есть *тождество спорныхъ матеріально-правовыхъ отношеній, внутреннее и внѣшнее.* Подъ тождествомъ спорныхъ отношеній понимается полное совпаденіе ихъ во всѣхъ элементахъ. Элементы же спорнаго отношенія, т.-е. отношенія между обладателемъ извѣстнаго гражданскаго права и нарушителемъ послѣдняго, суть: *субъекты* ихъ, т.-е. лица, участвующія въ отношеніи, *объекты,* т.-е. совокупность, комплексъ дѣйствій, требовать совершенія или совершеніе коихъ предоставляется правообладателю и *юридическая связь субъектовъ съ объектомъ,* т.-е. право и обязанность, характеризующіяся *основаніемъ возникновенія права и вещественнымъ субстратомъ права.*

Спорныя отношенія тождественны, когда тождественны ихъ субъекты, объекты и юридическая связь послѣднихъ. Далѣе, внѣшнее тождество есть тождество двухъ или нѣсколькихъ спорныхъ отношеній между собою, внутреннее—тождество одного и того же спорнаго отношенія, взятаго въ разные моменты, стадіи процесса.

2) *Свобода отъ всякаго внѣшняго тождества и сохраненіе внутренняго тождества.* Подъ свободою отъ всякаго внѣшняго тождества надлежитъ разумѣть отсутствіе тождества даннаго спорнаго отношенія, предложеннаго на разрѣшеніе извѣстнаго суда, со спорнымъ отношеніемъ, подлежащимъ, по соглашенію сторонъ, разрѣшенію другаго суда или же находящимся на разсмотрѣніи другаго суда, или же прекратившимся рѣшеніемъ другаго суда. Такъ что, если стороны заключили пророгаціонный или третейскій договоръ или истецъ предъявилъ уже искъ въ другой судъ, или дѣло уже окончено судебнымъ рѣшеніемъ, вступившимъ въ законную силу и затѣмъ истецъ снова предъявляетъ свой искъ, снова предлагаетъ суду разрѣшить спорное отношеніе, то это послѣднее отношеніе нельзя считать свободнымъ отъ внѣшняго тождества. Подъ сохраненіемъ внутренняго тождества разумѣется наличность тождества даннаго спорнаго отношенія, взятаго въ моментъ возникновенія

процесса съ тѣмъ же спорнымъ отношеніемъ, взятымъ въ любой изъ послѣдующихъ стадій процесса. Такъ что, если истецъ измѣняетъ свое первоначальное требованіе или на мѣсто выбывшей стороны, вступаетъ нелегитимированное лицо, то первоначальное спорное отношеніе считается потерявшимъ свое внутреннее тождество.

3) *Процессуальное отношеніе не можетъ возникнуть или не можетъ продолжать свое существованіе.* Къ числу условій возникновенія процессуальныхъ отношеній должно быть отнесено отсутствіе внѣшняго тождества; споръ, тождественный съ другимъ, не можетъ быть разрѣшенъ судомъ. Но условія возникновенія процесса могутъ быть абсолютныя и относительныя: вопросъ о наличности первыхъ возбуждается судомъ ex officio, а вторыхъ—только заинтересованными сторонами. Въ отсутствіи внѣшняго тождества заинтересованъ только отвѣтчикъ—такъ что вопросъ о тождествѣ возбуждается имъ путемъ возраженія; слѣдовательно, выраженіе „не можетъ" должно быть понимаемо въ относительномъ смыслѣ, т.-е. если отвѣтчикъ этого не желаетъ. Что касается внутренняго тождества, то оно относится къ условіямъ движенія (бытія) процессуальнаго отношенія; оно должно быть въ наличности въ теченіе всего процесса; въ этомъ заинтересованы обѣ стороны; въ нѣкоторыхъ же случаяхъ заинтересованы въ этомъ лица отсутствующія и само государство—тогда судъ ex officio возбуждаетъ этотъ вопросъ. Возбужденный тѣмъ или другимъ путемъ, вопросъ о наличности или отсутствіи тождества подлежитъ разрѣшенію суда. Судъ разлагаетъ оба отношенія на ихъ элементы и сравниваетъ ихъ между собою. Придя къ тому, что спорное отношеніе тождественно съ другимъ, онъ прекращаетъ у себя производство, постановляетъ опредѣленіе объ absolutio ab instantia. Придя къ тому, что спорное отношеніе потеряло свое тождество, судъ не разрѣшаетъ новаго спора, а игнорируетъ то обстоятельство, благодаря которому тождество было нарушено, и дѣйствуетъ такъ, какъ будто бы это обстоятельство вовсе не совершилось. Понятно, если наличность внѣшняго тождества и потеря внутренняго задѣваютъ лишь частный интересъ, то упомянутыя послѣдствія не наступаютъ въ томъ случаѣ, когда стороны согласны не придавать этимъ обстоятельствамъ никакого значенія.

## II. Группы интересовъ тяжущихся.

Какъ законъ внутренняго, логическаго развитія конкретнаго правоотношенія, принципъ тождества самъ по себѣ, какъ принципъ, непосредственно, фактической основы имѣть не можетъ—можно развѣ говорить о фактической, жизненной основѣ тѣхъ положеній, результатомъ обобщенія коихъ онъ является. Въ каждомъ изъ этихъ положеній мы видимъ, что оно основано на стремленіи охранить интересъ тяжущихся въ процессѣ. Мы, конечно, не скажемъ ничего новаго для лицъ знакомыхъ съ гражданскимъ процессомъ, если выставимъ такое положеніе: отвѣтчикъ заинтересованъ въ томъ, чтобы судъ не разрѣшилъ спорное отношеніе, тождественное съ другимъ спорнымъ отношеніемъ, подлежащимъ, по предварительному соглашенію сторонъ, третейскому разбирательству или особой подсудности, либо находящимся уже на разсмотрѣніи того же или другого суда, либо прекратившимся силою рѣшенія государственнаго или третейскаго суда. Также не ново и то, что та или другая изъ сторонъ, истецъ или отвѣтчикъ, а иногда и ихъ преемники заинтересованы въ томъ, чтобы судъ не разсмотрѣлъ спорное отношеніе, измѣнившееся или обратившееся въ иное, благодаря либо измѣненію истцомъ своего требованія, либо замѣнѣ лицъ, участвовавшихъ въ процессѣ въ началѣ, другими лицами, неимѣющими на то права; въ этомъ случаѣ судъ долженъ разсмотрѣть первоначальное, а не измѣнившееся, новое отношеніе. Обобщая эти положенія, мы можемъ сказать, что

тяжущіеся заинтересованы въ томъ, чтобы судъ не разрѣшилъ спорное отношеніе несвободное отъ внѣшняго тождества или потерявшее свое внутреннее тождество. Въ чемъ же заключаются интересы тяжущихся въ томъ или другомъ изъ случаевъ, подлежащихъ обобщенію?

*А. Интересъ отвѣтчика въ неразрѣшеніи судомъ даннаго спорнаго отношенія, тождественнаго съ другимъ спорнымъ отношеніемъ.*

*а) Интересъ отвѣтчика въ неразрѣшеніи государственнымъ судомъ спорнаго отношенія, тождественнаго со спорнымъ отношеніемъ, подлежащимъ, по соглашенію сторонъ, разрѣшенію другаго государственнаго-же суда.*

Нѣкоторыя нормы, опредѣляющія компетенцію судебныхъ органовъ, принадлежатъ къ категоріи нормъ условно обязательныхъ. Онѣ могутъ быть отмѣнены соглашеніемъ сторонъ, такъ называемымъ пророгаціоннымъ договоромъ. Условная обязательность эта объясняется тѣмъ, что нормы эти установлены только въ интересѣ частныхъ лицъ, ради ихъ удобства. Интересы правосудія нисколько не страдаютъ отъ того, что данное дѣло будетъ разбираться, напр., въ луцкомъ, а не эриванскомъ окружномъ судѣ. Заключенный между сторонами пророгаціонный договоръ обязателенъ для нихъ какъ и всякій договоръ, закону не противный; въ силу его истецъ не можетъ предъявить свой искъ въ другой судъ. Побужденія, заставляющія сторонъ заключить пророгаціонный договоръ, могутъ быть весьма разнообразны, хотя, конечно, всѣ они имѣютъ въ своемъ основаніи соображенія удобства: стороны считаютъ для себя болѣе удобнымъ разбираться въ данномъ судѣ, а не въ другомъ, хотя и однородномъ съ нимъ. По заключеніи договора, интересъ сторонъ сводится къ исполненію противникомъ своей обязанности. Отвѣтчикъ въ правѣ разсчитывать, что противъ него будетъ предъявленъ искъ въ данномъ судѣ и въ этомъ разсчетѣ устраиваетъ свои дѣла. Понятно, что въ случаѣ предъявленія къ нему иска въ другой судъ, ему должно быть дано право отклонить искъ указаніемъ на пророгаціонный договоръ [1]).

Интересъ отвѣтчика остается тѣмъ-же самымъ и въ томъ случаѣ, когда государственный судъ, въ который искъ предъявленъ, тоже пророгированъ; и тутъ его интересъ тотъ, чтобы дѣло его разбиралось въ томъ судѣ, о которомъ идетъ рѣчь въ договорѣ, по его мнѣнію, сохранившемъ свою силу; иначе говоря, онъ заинтересованъ въ исполненіи истцомъ обязанности, лежащей на немъ въ силу договора, оставшагося дѣйствительнымъ. Случаи, когда дѣло можетъ оказаться подсуднымъ двумъ судамъ, въ силу двухъ пророгаціонныхъ договоровъ, могутъ быть весьма разнообразны, и во всѣхъ ихъ отвѣтчикъ стоитъ за сохраненіе силы позднѣйшаго договора, отмѣняющаго силу первоначальнаго (см. ниже).

*б) Интересъ отвѣтчика въ неразрѣшеніи государственнымъ судомъ спорнаго отношенія, тождественнаго со спорнымъ отношеніемъ, подлежащимъ третейскому разбирательству.*

Насколько частнымъ лицамъ предоставляется вступленіе въ договоры, съ цѣлью установленія, измѣненія или прекращенія правъ, настолько-же имъ должно быть предоставлено право заключать договоры о передачѣ спорнаго вопроса гражданскаго права на разрѣшеніе не государственнаго суда, въ компетенцію котораго входитъ этотъ спорный вопросъ, а частнаго лица. Характеръ гражданскаго права, какъ права произвольнаго, не только не препятствуетъ, но, напротивъ, указываетъ на возможность и правомѣрность подобныхъ договоровъ. Изъ третейскаго договора, какъ и изъ всякаго другого, вытекаютъ для сторонъ права и обязанности, между коими главная—обязанность истца не предъявлять иска въ государственный судъ. Понятно, что эта

---

[1]) Code de pr. c. art. 169, C. Pr. Ord. § 247 Öst Ger. Ord. § 40, уст. гр. суд. ст. 571.

обязанность установлена въ интересѣ отвѣтчика; да и всякая обязанность устанавляется не въ интересѣ обязавшагося, а въ интересѣ управомоченнаго, которому право его предоставляетъ извѣстную выгоду на счетъ лица обязаннаго. Не менѣе понятно и то, что нарушеніе истцомъ своей обязанности будетъ противно интересамъ отвѣтчика. Стороны, вступая въ третейскій договоръ, имѣютъ, конечно, въ виду, что сбудутся всѣ тѣ послѣдствія, которыя вытекаютъ изъ договора. При заключеніи договора они могли имѣть въ виду разные интересы, напр., болѣе правильное разрѣшеніе дѣла третейскимъ судомъ, чѣмъ государственнымъ, болѣе дешевое производство и т. п., но по заключеніи договора у нихъ интересъ одинъ: исполненіе противною стороною своей обязанности. Всѣ законодательства придаютъ юридическую силу третейскому договору, и тѣмъ самымъ даютъ отвѣтчику право противиться нарушенію истцомъ своей обязанности; если послѣдній, не взирая на договоръ, все-таки обратится въ подлежащій государственный судъ, то отвѣтчикъ можетъ заявить суду о существованіи третейскаго договора и государственный судъ долженъ уклониться отъ разрѣшенія дѣла [1]).

Можетъ случиться, что тотъ государственный судъ, въ который предъявленъ искъ, подлежащій разрѣшенію третейскаго суда, компетентенъ къ разрѣшенію дѣла въ силу соглашенія, состоявшаго между обѣими сторонами. Такая коллизія двухъ договоровъ, какъ указано будетъ ниже, легко возможна, и, очевидно, интересъ отвѣтчика заключается въ томъ, чтобы только одинъ судъ разрѣшилъ его дѣло, но который изъ нихъ—объ этомъ рѣчь впереди. Пока для насъ достаточно, что тотъ-же интересъ, который заставляетъ отвѣтчика уклониться отъ отвѣта передъ судомъ, коему дѣло подсудно по закону, заставляетъ его и при коллизіи пророгаціоннаго и третейскаго договоровъ— предпочесть одинъ изъ нихъ. Отвѣтчикъ въ этомъ случаѣ можетъ уклониться отъ отвѣта передъ судомъ государственнымъ, когда сначала былъ заключенъ договоръ пророгаціонный.

Тѣ-же соображенія заставляютъ признать вполнѣ законнымъ.

*в) Интересъ отвѣтчика въ неразрѣшеніи третейскимъ судомъ спорнаго отношенія, тождественнаго со спорнымъ отношеніемъ, подлежащимъ, по соглашенію сторонъ, разрѣшенію государственнаго суда,*

если, какъ показано будетъ ниже, пророгаціонный договоръ заключенъ послѣ заключенія третейскаго.

Наконецъ, по тѣмъ же соображеніямъ, по которымъ отвѣтчикъ заинтересованъ въ неразрѣшеніи даннымъ государственнымъ судомъ спора, подлежащаго, по соглашенію сторонъ, разрѣшенію другого государственнаго суда вполнѣ законенъ

*г) Интересъ отвѣтчика въ неразрѣшеніи третейскимъ судомъ спорнаго отношенія, тождественнаго со спорнымъ отношеніемъ, подлежащимъ разрѣшенію другого третейскаго-же суда.*

*д) Интересъ отвѣтчика въ неразрѣшеніи государственнымъ судомъ спорнаго отношенія, тождественнаго со спорнымъ отношеніемъ, уже находящимся на разсмотрѣніи другого государственнаго суда.*

Случаи предъявленія въ одинъ и тотъ-же или въ разные суды тожественныхъ исковъ весьма возможны. Дѣлается это или злоумышленно, или по ошибкѣ. Злоумышленіе можетъ заключаться въ томъ, что истецъ разсчитываетъ дважды взыскать съ отвѣтчика одну и ту-же сумму денегъ; одинъ искъ онъ предъявляетъ въ одинъ судъ, причемъ заявляетъ, что ему мѣсто

---

[1]) Хотя спеціальнаго правила на этотъ счетъ въ кодексахъ не имѣется, но, по общему правилу, судъ въ этихъ случаяхъ уклоняется отъ разрѣшенія дѣла *по неподсудности,* см. Canstein н. с. 1, стр. 35.

жительства отвѣтчика неизвѣстно, а другой—въ другой судъ, по дѣйствительному мѣсту жительства; въ первомъ можетъ быть постановлено заочное рѣшеніе, и по вступленіи его въ законную силу, безъ вѣдома отвѣтчика, будетъ приведено въ исполненіе путемъ взысканія съ имущества, принадлежащаго отвѣтчику и находящагося въ округѣ этого суда; во второмъ судѣ можетъ быть постановлено состязательное рѣшеніе и также приведено въ исполненіе. Конечно, отвѣтчикъ, узнавъ объ этомъ, можетъ взыскать съ истца излишне имъ полученное, но, быть можетъ, у истца не окажется вовсе имущества, и отвѣтчикъ останется неудовлетвореннымъ.—Затѣмъ, по ошибкѣ тождественные иски могутъ быть предъявлены въ одинъ и тотъ же судъ или въ разные суды преемниками истца по первому изъ предъявленныхъ исковъ. Они могутъ и не знать, что умершій ихъ правопредшественникъ уже предъявилъ искъ; и въ этомъ случаѣ результатъ можетъ быть также невыгоденъ для отвѣтчика, какъ и въ первомъ [1]). Понятно, что отвѣтчикъ, если ему извѣстно, что противъ него предъявлены два тождественныхъ иска, можетъ заявить объ этомъ суду, въ который вторичный искъ предъявленъ, и просить о неразсмотрѣніи его. Всѣ законодательства признаютъ за нимъ это право [2]).

*е) Интересъ отвѣтчика въ неразрѣшеніи государственнымъ судомъ спорнаго отношенія, тождественнаго со спорнымъ отношеніемъ, находящимся уже на разсмотрѣніи третейскаго суда.*

Можетъ случиться, что истецъ предъявитъ въ государственный судъ искъ, который уже находится на разсмотрѣніи третейскаго суда; отвѣтчикъ можетъ этому противиться. Вышеупомянутая, вытекающая изъ третейскаго договора, обязанность истца не предъявлять искъ въ государственный судъ до извѣстнаго срока, сохраняетъ до истеченія этого срока полную свою юридическую силу, причемъ безразлично—начато ли разбирательство, или же еще не начато. Интересъ отвѣтчика въ непредъявленіи истцомъ иска въ государственный судъ въ теченіе срока совершенно одинаковъ, будетъ ли разбирательство уже начато или нѣтъ (см. стр. 258—259). Независимо отъ того, отвѣтчикъ и въ этомъ случаѣ имѣетъ основаніе бояться двойнаго взысканія; интересъ его и тутъ тотъ же, какъ и при предъявленіи того же иска въ два государственныхъ суда (см. стр. 259—260). Но если государственный судъ, въ который искъ предъявленъ, компетентенъ въ силу пророгаціоннаго договора, то, какъ увидимъ ниже, отвѣтчикъ лишь въ такомъ случаѣ можетъ настаивать на разрѣшеніи дѣла третейскимъ судомъ, когда третейскій договоръ заключенъ послѣ заключенія пророгаціоннаго.

*ж) Интересъ отвѣтчика въ неразрѣшеніи третейскимъ судомъ спорнаго отношенія, тождественнаго со спорнымъ отношеніемъ, находящимся на разрѣшеніи государственнаго суда.*

Этотъ интересъ принимается въ соображеніе, въ силу основаній, о которыхъ рѣчь впереди, лишь въ томъ случаѣ, когда государственный судъ, на разрѣшеніи коего искъ уже находится, компетентенъ въ силу пророгаціоннаго договора, заключеннаго послѣ заключенія третейскаго. Во всѣхъ же другихъ случаяхъ интересъ отвѣтчика въ уклоненіи отъ третейскаго разбирательства не можетъ быть признанъ законнымъ.

*з) Интересъ отвѣтчика въ неразрѣшеніи третейскимъ судомъ спорнаго отношенія, тождественнаго со спорнымъ отношеніемъ, находящимся на разсмотрѣніи другаго третейскаго суда.*

---

[1]) Французскіе процессуалисты Mourlon-Repetitions ecrites sur le C. de pr. c. Paris 1867, p. 175 Boitard-Leçons de procedure civile (ed. 12) Paris 1876. t. 1 p. 331 видятъ мотивъ exc. litispend. въ необходимости предотвратить постановленіе двухъ противорѣчащихъ одно другому рѣшеній.

[2]) Code de pr. c. art. 171, C. Pr. Ord. §§ 235, Öst. Ger. Ord. § 40 уст. гр. суд. ст. 571.

Интересъ этотъ охраняется лишь въ томъ случаѣ, когда онъ выражается въ желаніи отвѣтчика, чтобы споръ былъ разрѣшенъ тѣмъ третейскимъ судомъ, который возникъ въ силу позднѣйшаго по времени третейскаго договора.

и) *Интересъ отвѣтчика въ неразрѣшеніи государственнымъ судомъ спорнаго отношенія, тождественнаго со спорнымъ отношеніемъ, прекратившимся рѣшеніемъ государственнаго суда.*

Что разъ признано судебнымъ рѣшеніемъ, на то, со всѣми его послѣдствіями, можно положиться и располагать, сообразно съ тѣмъ, свои дѣловыя отношенія. Истецъ и отвѣтчикъ даннаго процесса, при извѣстныхъ условіяхъ, могутъ стать вновь въ роли отвѣтчиковъ въ новомъ процессѣ по тому же самому спору; интересъ ихъ въ томъ и состоитъ, чтобы этого не случилось, а если это случится,—чтобы можно было отклонить отъ себя новый искъ, основываясь на твердости, прочности, абсолютной истинности перваго рѣшенія. Чтобы нагляднѣе видѣть въ чемъ именно заключается этотъ интересъ, чего именно стороны опасаются, какъ послѣдствія новаго возбужденія уже оконченнаго процесса, надо имѣть въ виду, съ одной стороны, различіе между обвинительнымъ (постановленнымъ противъ отвѣтчика) и оправдательнымъ (постановленнымъ въ пользу отвѣтчика) рѣшеніями, а съ другой стороны, различіе между рѣшеніями по искамъ о признаніи правъ (Feststellungsklagen) и рѣшеніями по искамъ о присужденіи отвѣтчика къ совершенію извѣстнаго дѣйствія (Verurtheilungsklagen) [1]. а) Когда къ отвѣтчику предъявленъ истцомъ, обладающимъ данною вещью, искъ о признаніи вещнаго права, напр., права собственности и рѣшеніе постановлено въ пользу истца, то объ интересѣ отвѣчика въ непредъявленіи къ нему новаго иска нечего говорить, ибо истцу нѣтъ надобности въ предъявленіи таковаго: право его признано. Что же касается исковъ о присужденіи отвѣтчика къ совершенію извѣстнаго дѣйствія и исковъ о признаніи права на вещь, находящуюся въ обладаніи отвѣтчика, то интересъ отвѣтчика весьма и весьма существенъ. Противъ него постановлено рѣшеніе, которое, по вступленіи въ силу, приводится въ исполненіе передачею вещи натурою или взысканіемъ съ имущества. Онъ долженъ быть спокоенъ и увѣренъ въ томъ, что его снова не привлекутъ къ суду; въ немъ не должно быть боязни за то, что съ него взыщутъ то, что уже разъ взыскано. Интересъ его, слѣдовательно, заключается въ томъ, чтобы не быть осужденнымъ къ вторичному удовлетворенію уже разъ удовлетвореннаго истца. б) Далѣе, если постановлено оправдательное, въ пользу отвѣтчика рѣшеніе, то интересъ его въ невозбужденіи новаго дѣла заключается въ ненарушеніи того правосостоянія, которое явилось результатомъ оправданія. Истцу, право котораго не признано судомъ, можетъ быть и желательно снова начать дѣло въ разсчетѣ, что судъ признаетъ за нимъ право, первымъ рѣшеніемъ не признанное. Какъ разъ въ обратномъ заключается интересъ отвѣтчика [2]). Въ искахъ о признаніи права второе рѣшеніе, обвинительное, противъ отвѣтчика, можетъ для него влечь за собою рядъ весьма разнообразныхъ невыгодъ, являющихся послѣдствіемъ признанія за истцомъ даннаго права, послѣдствій, въ ненаступленіи коихъ отвѣтчикъ былъ увѣренъ, полагаясь на первое рѣшеніе; въ искахъ объ осужденіи, обвинительное рѣшеніе можетъ влечь за собою присужденіе къ совершенію тѣхъ дѣйствій, отъ коихъ отвѣтчикъ первымъ рѣ-

---

[1]) См. характеристику этихъ категорій, предложенную Лёнингомъ. Löning Über Jnhalt und Gegenstant der Feststellungsklagen въ приложеніи къ его сочиненію Die Widerklage. Berlin 1881 S. 182—190.

[2]) Миловидовъ — Законная сила судебныхъ рѣшеній по дѣл. гражд. Ярославль 1875, стр. 11.

шеніемъ былъ освобожденъ. Упомянутый интересъ отвѣтчика охраняется всѣми законодательствами [1]).

*к) Интересъ отвѣтчика въ неразрѣшеніи государственнымъ судомъ спорнаго отношенія, тождественнаго со спорнымъ отношеніемъ, прекратившимся рѣшеніемъ третейскаго суда.*

Интересъ его тотъ же, какъ и въ предыдущемъ случаѣ и изложенныя соображенія относятся и къ этому случаю,—рѣшеніе суда третейскаго имѣетъ силу равную рѣшенію суда государственнаго [2]).

*л) Интересъ отвѣтчика въ неразрѣшеніи третейскимъ судомъ спорнаго отношенія, тождественнаго съ спорнымъ отношеніемъ, прекратившимся рѣшеніемъ государственнаго суда.*

*м) Интересъ отвѣтчика въ неразрѣшеніи третейскимъ судомъ спорнаго отношенія, тождественнаго съ спорнымъ отношеніемъ, прекратившимся рѣшеніемъ другаго третейскаго же суда.*

Въ обоихъ этихъ случаяхъ, конечно, предполагается, что отвѣтчикъ до заключенія третейскаго договора не зналъ о существованіи рѣшенія государственнаго или другаго третейскаго суда. Узнавъ объ этомъ онъ можетъ противиться вторичному разсмотрѣнію дѣла. Интересъ его тотъ же какъ и въ предыдущихъ случаяхъ.

*Б. Интересъ сторонъ въ неразрѣшеніи судомъ спорнаго отношенія, потерявшаго свое внутренне тождество.*

*а) Интересъ отвѣтчика въ неразрѣшеніи судомъ спорнаго отношенія, измѣнившагося вслѣдствіе измѣненія истцомъ своего иска.*

Истецъ, предъявляя свои исковыя требованія, конечно, доженъ въ точности ихъ опредѣлить, дабы дать отвѣтчику возможность подготовиться къ возраженію, къ опроверженію или ослабленію этихъ требованій; на это отвѣтчику дается извѣстный срокъ. Внезапное, въ теченіе процесса, измѣненіе истцомъ своихъ требованій, очевидно, крайне невыгодно для отвѣтчика. Ознакомившись съ новымъ требованіемъ лишь въ теченіе процесса, застигнутый, такъ сказать, врасплохъ, онъ не имѣетъ ни времени, ни возможности подготовиться къ защитѣ [3]); онъ можетъ оставить безъ опроверженія самыя неосновательныя требованія истца—судъ можетъ признать за послѣднимъ эти требованія. Нельзя, конечно, ставить право отвѣтчика въ зависимость отъ произвола, каприза истца: сначала онъ требуетъ одно и отвѣтчикъ готовится къ защитѣ, затѣмъ требуетъ совсѣмъ другое и отвѣтчикъ не имѣетъ возможности защищаться и проигрываетъ процессъ. Слѣдовательно, интересъ отвѣтчика состоитъ въ томъ, чтобы по капризу истца не проиграть процесса. Но кромѣ этого интереса, тутъ можетъ имѣть мѣсто и другой,—нравственный—если становиться на точку зрѣнія тѣхъ ученыхъ [4]), которые говорятъ слѣдующее. на отвѣтчикѣ лежитъ обязанность вступить въ процессъ по поводу даннаго, точно опредѣленнаго иска; въ предѣлахъ этого иска отвѣтчикъ связанъ; но въ силу начала равенства сторонъ такая же связанность требуется и со стороны истца—онъ не долженъ измѣнять свои исковыя требованія. Если это вѣрно, въ чемъ мы сильно сомнѣваемся, то въ вопросѣ объ измѣненіи требованій замѣшивается нравственный интересъ отвѣтчика—за нимъ не признается то, что признается за отвѣтчикомъ. Но какъ бы то ни было

---

[1]) Code civil art. 1351 Hofdecr v. 15 Jan 1787 № 621 (австр.) Sächs. B. Gesb. § 166, 167 Bad. Landr § 1351 уст. гр. суд. ст. 589, 895.

[2]) Code de pr. c. art. 1020, C. Pr. Ord· § 866, Ost. Ger. Ord. § 270, 273 уст. гр. суд. ст. 1394, 1397.

[3]) Boitard ц. с. т. 1 стр. 75.

[4]) Kleinschrod—Über die Klagänderung. Erlangen. 1879. J. 2.

всѣ законодательства охраняютъ интересъ отвѣтчика, связанный съ неизмѣнностью исковыхъ требованій [1]).

*б) Интересъ отвѣтчика и преемниковъ истца въ неразрѣшеніи судомъ такого спорнаго отношенія, въ которомъ произошла замѣна первоначальнаго истца другимъ нелегитимированнымъ лицомъ.*

Въ теченіе процесса можетъ произойти замѣна первоначальнаго истца, выбывшаго изъ процесса, другимъ лицомъ. Вопросъ о правомѣрности вступленія послѣдняго далеко не безразличенъ *во-первыхъ для отвѣтчика.* Если лицо это, не будучи легитимировано, вступило въ процессъ взамѣнъ истца и судъ, во 1-хъ, постановилъ рѣшеніе противъ отвѣтчика, которое, по вступленіи его въ силу, будетъ приведено въ исполненіе, то отвѣтчикъ рискуетъ, что настоящій истецъ къ нему снова предъявитъ искъ и придется произвести вторичное удовлетвореніе, или, во 2-хъ, если судъ постановилъ это рѣшеніе въ пользу отвѣтчика и настоящій истецъ снова предъявляетъ къ нему искъ, то отвѣтчику придется произвести удовлетвореніе, несмотря на то, что первымъ рѣшеніемъ онъ былъ отъ этого освобожденъ.

Могутъ быть разныя обстоятельства, благодаря которымъ истецъ выбываетъ или считается выбывшимъ изъ процесса: смерть, передача правъ, добровольный выходъ, неосуществленіе преклюзивнаго процессуальнаго права, большее или одинаковое право на искъ у другаго лица и т. н. Въ этихъ случаяхъ можетъ совершенно законно совершиться замѣна выбывшаго другимъ лицомъ.

Но возможно также и злоумышленное вступленіе посторонняго лица, не имѣющаго никакого права становиться на мѣсто выбывшаго. Можетъ найтись охотникъ фигурировать въ роли истца, выиграть процессъ и воспользоваться результатомъ его—получить удовлетвореніе. Если бы простое заявленіе лица, что оно напр. наслѣдникъ, или вообще преемникъ истца, признавалось достаточнымъ для вступленія въ роль выбывшаго, то на это нашлось бы много желающихъ. Лицомъ страдающимъ явился бы отвѣтчикъ: черезъ нѣкоторое время могло бы оказаться, что истецъ живъ или что онъ хотя и умеръ, но наслѣдниками его являются другія лица или что истецъ никому не передавалъ своихъ правъ. Настоящій истецъ или его легитимированный преемникъ могутъ предъявить новый искъ къ отвѣтчику. Наконецъ, легко возможно, что между лицомъ, именующимъ себя истцомъ, и отвѣтчикомъ заключенъ уговоръ: вступить первому въ процессъ и проиграть его. Интересъ отвѣтчика именно въ томъ и состоитъ, чтобы нелегитимированный преемникъ не вступилъ въ процессъ—въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ ему дается право просить судъ потребовать доказательствъ правомѣрности вступленія. Таковое, установившееся въ теоріи мнѣніе, какъ показано будетъ ниже, совершенно согласно со смысломъ постановленій современныхъ законодательствъ. Тотъ же самый интересъ, требующій охраны со стороны закона, мы видимъ и въ тѣхъ, напримѣръ, случаяхъ, когда на мѣсто истца, считающагося выбывшимъ изъ процесса, вступаетъ лицо, заявляющее, что оно имѣетъ съ нимъ, истцомъ, нераздѣльное право, напр. если одинъ изъ нераздѣльно управомоченныхъ вѣрителей предъявляетъ къ должнику искъ, затѣмъ не является въ засѣданіе, назначенное для слушанія дѣла, но вмѣсто него, для продолженія начатаго процесса, является другое лицо, именующее себя его совѣрителемъ. Противиться этому, если заявленіе вновь вступившаго основательно, отвѣтчикъ не можетъ—интересъ его заключается лишь въ томъ, чтобы вновь вступившій истецъ дѣйствительно имѣлъ нераздѣльное право съ выбывшимъ

---

[1]) Code de pr. c. art. c. 54, C. Pr. Ord. §§ 240-242. Ost. Ger. Ord. 49. уст. гр. суд. ст. 332, 333.

истцомъ; не то въ случаѣ обвиненія и по дѣлу съ мнимымъ и по дѣлу съ настоящимъ или оправданія по первому и обвиненія по второму, именно наступаетъ тѣ же неудобства, невыгоды, какъ и при вступленіи нелегитимированнаго преемника. То-же самое и въ томъ случаѣ, когда на мѣсто выбывшаго истца желаетъ вступить лицо, заявляющее, что выбывшій истецъ къ нему имѣетъ право обратнаго требованія и т. п. *Во-вторыхъ*, что касается *преемниковъ истца*, то и они имѣютъ интересъ въ томъ, чтобы судъ не разрѣшилъ спора, въ которомъ на мѣсто выбывшаго вступило нелегитимированное лицо. Можетъ сложиться такой случай: истецъ во время процесса умретъ. Повѣренный его объ этомъ заявляетъ суду. Производство дѣла пріостанавливается. Является наслѣдникъ. Понятно, что онъ, заявляя о своемъ наслѣдничьемъ званіи, долженъ доказать это, ибо будучи принятъ за дѣйствительнаго истца, онъ можетъ (въ искахъ объ осужденіи) получить удовлетвореніе, а настоящій наслѣдникъ останется не причемъ. Необходимо, чтобы самъ судъ потребовалъ отъ него доказательствъ наслѣдничьяго званія, чтобы тѣмъ избавить наслѣдника отъ лишнихъ хлопотъ и отъ риска не получить удовлетворенія. Въ виду интереса и отвѣтчика въ легимитаціи лица, именующаго себя преемникомъ истца, конечно, количество случаевъ необходимости возбужденія судомъ ex officio этого вопроса значительно уменьшается. Тѣмъ не менѣе, ихъ надо имѣть въ виду и охранить интересы отсутствующихъ наслѣдниковъ.

б) *Интересъ истца и преемниковъ отвѣтчикъ въ неразрѣшеніи судомъ такого спорнаго отношенія, въ которомъ произошла замѣна отвѣтчика другимъ нелегитимированнымъ лицомъ.*

1) Весьма существенный интересъ истца связанъ съ тѣмъ, чтобы въ процессѣ отъ начала до конца его былъ одинъ и тотъ же отвѣтчикъ, или если это невозможно, то во всякомъ случаѣ лицо легитимированное. Вопросъ о степени состоятельности отвѣтчика весьма важный вопросъ для истца—съ нимъ связана самая возможность полученія удовлетворенія. Лицо, вновь вступившее, можетъ быть гораздо бѣднѣе лица выбывшаго изъ процесса, лицо нелегитимированное можетъ быть гораздо бѣднѣе легитимированнаго или имѣющаго право на легитимацію. Конечно, возможны и обратные случаи; тогда и интересъ истца обратный. Законъ долженъ имѣть въ виду всегда и во всемъ худшій конецъ. Отвѣтчикъ можетъ умереть во время процесса; является лицо, заявляющее, что оно преемникъ отвѣтчика—оказывается, что у лица этого вовсе нѣтъ средствъ и истецъ, выигравъ процессъ, можетъ остаться безъ удовлетворенія. Это тѣмъ обиднѣе, когда истцу извѣстно, что дѣйствительный наслѣдникъ — лицо состоятельное. Конечно, рѣшеніе, постановленное противъ самозванца наслѣдника, можетъ быть кассировано, а затѣмъ начато дѣло противъ настоящаго наслѣдника — но эта проволочка должна быть предупреждаема. Истцу должно быть предоставлено право просить судъ въ самомъ началѣ процесса объ истребованіи доказательствъ отъ лица, именующаго себя наслѣдникомъ отвѣтчика [1]). Тоже самое мы видимъ въ томъ случаѣ, когда на мѣсто выбывшаго отвѣтчика вступаетъ лицо, къ которому, по его заявленіи, въ виду акта inter vivos перешла обязанность выбывшаго. Но тутъ во многихъ случаяхъ легетимація обусловливается согласіемъ истца на переходъ самой обязанности. И это понятно, опять-таки потому, что истцу далеко не безразлично, кто его отвѣтчикъ — должникъ. Вступая, напр., въ договоръ, кредиторъ имѣетъ въ виду степень состоятельности должника, его кредитоспособность; понятно, произвольная замѣна лица, съ коимъ истецъ считалъ возможнымъ вступить въ договоръ, другимъ, неизвѣстнымъ ему

---

[1]) Малышевъ н. с. т. 1 стр. 192.

лицомъ, противна интересамъ, ожиданіямъ, разсчетамъ истца. Тотъ же интересъ, ту же боязнь истца за невыгодную для него замѣну отвѣтчика мы видимъ и въ другихъ случаяхъ, напр., когда на мѣсто выбывшаго отвѣтчика вступаетъ лицо, обязанное съ нимъ нераздѣльно. Тотъ же интересъ истца нарушается, когда на мѣсто отвѣтчика вступаетъ лицо, къ которому, по его голословному заявленію, отвѣтчикъ имѣетъ обратное требованіе, или которое называетъ себя надлежащимъ отвѣтчикомъ; напр., по истеченіи срока обязательства, кредиторъ предъявляетъ искъ къ поручителю; должникъ заявляетъ, что онъ желаетъ вступить въ процессъ вмѣсто выбывшаго поручителя; истецъ, разсчитавъ, что съ поручителя получить долгъ болѣе шансовъ, чѣмъ съ должника, можетъ противиться вступленію; или, напр., отвѣтчикъ заявляетъ, что другое лицо является надлежащимъ отвѣтчикомъ; истецъ можетъ противиться. Во всѣхъ указанныхъ случаяхъ истцу предоставляется или требовать доказательствъ легитимаціи ко вступленію въ процессъ вмѣсто выбывшаго отвѣтчика, или самому отказать въ легитимаціи, въ тѣхъ случаяхъ, когда она отъ него зависитъ.

2) Не менѣе важенъ интересъ законнаго преемника отвѣтчика въ томъ, чтобы на мѣсто выбывшаго отвѣтчика, не вступило лицо нелегитимированное. Лицо это, назвавъ себя законнымъ замѣстителемъ отвѣтчика, по уговору съ истцемъ можетъ проиграть процессъ. Напр., лицо, вступающее въ процессъ, называетъ себя наслѣдникомъ въ имѣніи умершаго отвѣтчика, ведетъ процессъ небрежно, проигрываетъ его, судъ отбираетъ имѣніе и передаетъ его истцу. Являются настоящіе наслѣдники съ ясными доказательствами и приходится начинать новый процессъ, а имѣніе, быть можетъ, давно продано, а у мнимаго наслѣдника нѣтъ никакого имущества.

Въ виду указанныхъ интересовъ, мы и можемъ сдѣлать такое обобщеніе: законный интересъ той или другой стороны заключается въ томъ, чтобы судъ не разрѣшалъ такое спорное отношеніе, которое тождественно съ другимъ или которое потеряло въ теченіе процесса свое внутреннее тождество.

## ГЛАВА ВТОРАЯ.

## Юридическій анализъ принципа тождества.

### I. Понятіе, виды и условія тождества спорнаго отношенія.

#### А. Понятіе и виды тождества спорнаго отношенія.

Понятіе тождества спорнаго отношенія далеко не ново: оно весьма тщательно разработано преимущественно нѣмецкими учеными, но лишь по поводу одного частнаго случая его примѣненія. Оно изслѣдуется обыкновенно въ ученіи о силѣ судебнаго рѣшенія, по поводу exceptio rei judicatae — этого центра всего ученія [1]). Благодаря тому, что области гражданскаго права и гражданскаго процесса фактически не размежованы и отдѣльныя части ученія объ исковомъ правѣ изслѣдуются и въ правѣ и процессѣ [2]), ученіе о силѣ судебнаго рѣшенія, а слѣдовательно и понятіе тождества, разработано и ци-

---

[1]) Savigny. System des heutigen röm. Rechts B. VI S. 418.

[2]) См. мою вступ. лекц. Объ отношеніи гражд. судопр. къ гражданскому праву, стр. 240—241.

цивилистами и процессуалистами. Но разработка эта направлена не къ уясненію понятія, имѣющаго весьма обширную область примѣненія, а лишь къ уясненію его настолько и при такомъ освѣщеніи, насколько и при какомъ освѣщеніи оно необходимо для вопроса объ exceptio rei judicatae. Но это, такъ сказать, обыкновенно такъ дѣлается; есть, однако, ученые, которые разсматриваютъ понятіе тождества въ связи съ другими вопросами, напр., Клейншродъ [1])—въ связи съ вопросомъ объ измѣненіи иска. Нѣкоторые ученые, напр., Ганштейнъ [2]), Остерло [3]) выставляютъ даже общее понятіе тождества спорнаго отношенія, имѣющее примѣненіе къ различнымъ процессуальнымъ явленіямъ; но они не вдаются въ подробности. Что область примѣненія этого понятія нельзя ограничить однимъ процессуальнымъ явленіемъ — это извѣстно всѣмъ процессуалистамъ, почему мы и замѣчаемъ, что они изслѣдуютъ это понятіе въ одномъ ученіи, а затѣмъ въ другихъ ученіяхъ, въ которыхъ оно имѣетъ значеніе, или ссылаются на то, что сказано въ первомъ или заявляютъ, что и тутъ де тождество имѣетъ значеніе. Такъ, у многихъ ученыхъ можно найти заявленіе, что положеніе eadem res inter easdem personas, играющее столь видную роль въ ученіи о силѣ рѣшенія, является рѣшающимъ въ вопросѣ объ измѣненіи иска [4]), или что exceptio rei judicatae, предполагаетъ тождество споровъ, а измѣненіе иска признается, когда искъ въ новой формулировкѣ (Fassung) и въ первоначальной не тождественны [5]), или что искъ считается измѣненнымъ, когда можно сказать: если бы искъ въ первоначальномъ его видѣ былъ разрѣшенъ, а затѣмъ въ измѣненномъ вновь предъявленъ, то отвѣтчикъ не могъ бы предъявить exceptio rei judicatae [6]). Далѣе, нѣкоторые ученые, говоря объ exceptio litis pendentis заявляютъ, что она возможна при тѣхъ же условіяхъ, какъ и exceptio rei judicatae, т.-е. при тождествѣ [7]) или что exceptio rei in judicium deductae какъ и exceptio rei judicatae, имѣютъ совершенно одинаковое значеніе [8]). Но этими тремя случаями не ограничивается область, въ которой тождество спорныхъ отношеній имѣетъ и должно имѣть значеніе. Если случаи эти дѣйствительно имѣются, то выяснить вообще понятіе тождества спорнаго отношенія безусловно необходимо.

Обратимся сначала къ понятію тождества въ общемъ смыслѣ, а затѣмъ въ примѣненіи къ спорнымъ отношеніямъ. Подъ тождествомъ, въ общемъ смыслѣ этого слова, понимается, прежде всего, соотношеніе двухъ или нѣсколькихъ предметовъ или соотношеніе предмета, находящагося въ одномъ положеніи, состояніи, съ этимъ же предметомъ, но находящимся въ иномъ положеніи, состояніи. Соотношеніе это характеризуется тѣмъ, что сравнительно предметы совершенно одинаковы по своимъ признакамъ, что между ними нѣтъ никакого различія, что они во всѣхъ составныхъ частяхъ, элементахъ своихъ совершенно совпадаютъ, что это, собственно, одинъ и тотъ же пред-

[1]) Kleinchrod н. с., стр. 26, 48.

[2]) Ganstein н. с., т. I, стр. 518.

[3]) Osterloh н. с. стр. 16, 212. Къ сожалѣнію, въ соч. Brakenhöft'a Die materielle Identität und Connexität der Rechtsstreitigkeiten мы ознакомились изъ третьихъ рукъ.

[4]) Schelling. Lehrb. des deutsch. C. Pr. Erlangen 1880 S. 174 Wetzell н. с., стр. 957 Osterloh н. с. стр. 117.

[5]) Renaud н. с., стр. 168.

[6]) Kleinschrod н. с. стр. 25 Bayer-Über die Änderung des Klaglibells S. 66. Изъ законодательствъ, только въ нынѣ отмѣненномъ баденск. уст. § 254, находитъ эту мысль.

[7]) Boitard н. с. т. 1 стр. 333. Анненковъ н. с. т., 3 стр. 54. Schelling н. с., стр. 217.

[8]) Buchka-Die Lehre vom Einfluss des Processes auf das mater. Privatr. Roctock 1846 I 1. S. 24. Ветцель указываетъ на аналогію но послѣдствіямъ Wetzell н. с., стр. 573. Bonnier'Elements de proc. civ. p. 157, 161. Bülow. Processvorauss, стр. 156.

меть. Подобное соотношеціе нѣсколькихъ предметовъ, можно назвать внѣшнимъ *тождествомъ*,—одного и того же предмета, въ разныхъ его положеніяхъ, состояніяхъ — *внутреннимъ тождествомъ*, внутреннимъ потому, что, изслѣдуя или установляя это соотношеніе, нѣтъ необходимости выходить за предѣлы одного, даннаго предмета,—внѣшнимъ потому, что нельзя ограничиться однимъ предметомъ, приходится имѣть дѣло съ другимъ предметомъ, лежащимъ внѣ предѣловъ даннаго предмета. Но, какъ въ томъ, такъ и въ другомъ случаѣ мы, въ результатѣ, придя къ тому, что сравниваемые предметы тождественны, признаемъ лишь существованіе одного предмета. Покуда въ точности не извѣстно, были ли тождественны эти предметы, мы имѣемъ въ виду двѣ величины—а въ результатѣ приходимъ къ тому, что это одна величина.

Переходя къ вопросу о тождествѣ спорныхъ отношеній, остановимся сначала на понятіи спорнаго отношенія. Подъ спорнымъ отношеніемъ мы разумѣемъ отношеніе между обладателемъ извѣстнаго гражданскаго права и нарушителемъ этого права, — отношеніе, установившееся именно благодаря нарушенію; это и есть то самое матеріально - правовое отношеніе, которое существовало и до нарушенія, но лишь нѣсколько иного характера. „Абстрактно-способное къ осуществленію, покоющееся, мирное право, сказали мы въ другомъ мѣстѣ, принимаетъ, благодаря конкретной возможности къ осуществленію, при нарушеніи его, видъ право борющагося, становится Kampfrecht'омъ, обращается изъ права in toga въ право in sago, съ опредѣленнымъ противникомъ“ [1]). Различіе между правоотношеніемъ до нарушенія и правоотношеніемъ послѣ него, т. е. спорнымъ отношеніемъ, именно и заключается въ болѣе опредѣленномъ характерѣ послѣдняго; напр. при нарушеніи вещныхъ правъ, всегда впервые опредѣляется противникъ; тоже самое въ нѣкоторыхъ обязательствахъ, напр. если нѣсколько лицъ обязались чего либо не дѣлать, причемъ каждый, нарушившій свою обязанность, обязался, скажемъ, уплатить штрафъ, то противникъ въ точности опредѣляется лишь послѣ нарушенія.—Но къ этой характеристикѣ спорныхъ отношеній нужно прибавить:

1) Не всякое нарушенное матеріально-правовое отношеніе будетъ спорнымъ отношеніемъ; таковымъ можно считать лишь то, въ которомъ нарушитель противится дѣйствительно исполнить свою обязанность,—обязанность, на которую противная сторона имѣла право и до нарушенія, такъ сказать, in abstracto. Иначе говоря, спорное отношеніе должно быть совершенно готовымъ, зрѣлымъ къ предложенію его на разсмотрѣніе суда. Можетъ случиться, что данное правоотношеніе нарушено, но нарушитель вслѣдъ за нарушеніемъ исполняетъ свою обязанность; въ этомъ случаѣ данное нарушенное правоотношеніе и не успѣваетъ обратиться въ спорное отношеніе.

2) Говоря о тождествѣ спорнаго отношенія, мы будемъ имѣть въ виду спорное отношеніе не только предложенное уже на разсмотрѣніе суда, т. е. не только когда actio in judicium deducta est, но и когда оно еще имѣетъ быть предложено на разсмотрѣніе суда, лишь бы оно представлялось готовымъ къ тому; напр. когда оно въ силу договора должно подлежать разсмотрѣнію того или другого суда. Такъ, мы можемъ имѣть въ виду и будущее спорное отношеніе, хотя бы его въ дѣйствительности не было, лишь бы оно представлялось спорнымъ отношеніемъ, лишь бы оно подлежало обсужденію, какъ таковое. Съ другой стороны, мы будемъ говорить и о спорномъ отношеніи уже прекратившемся, лишь бы оно нормально, правомѣрно прекратилось, въ томъ смыслѣ, что до прекращенія оно соотвѣтствовало требованіямъ, предъявляемымъ къ спорнымъ отношеніямъ вообще. Наконецъ, мы будемъ говорить о спорныхъ отношеніяхъ безотносительно къ тому въ какой стадіи процесса отношеніе это находится.

---

[1]) См. мою ст. Объ отнош. гр. суд. къ гр. пр. стр. 238. Ср. Unger. н. с. т. 2 стр. 364.

Переходимъ къ тождеству спорнаго отношенія. Прилагая сказанное о понятіи тождества въ общемъ смыслѣ къ тождеству спорнаго отношенія, получаемъ: тождество спорнаго отношенія есть отношеніе его къ другому спорному отношенію или къ самому себѣ, взятому въ разныхъ положеніяхъ, т. е. въ разныхъ моментахъ процесса, характеризуемое тѣмъ, что сравниваемыя отношенія совершенно одинаковы во всѣхъ составныхъ частяхъ своихъ, элементахъ. Такое совпаденіе, замѣчаемое между двумя и болѣе спорными отношеніями, можно назвать внѣшнимъ тождествомъ; что же касается внутренняго тождества [1]), то о немъ можно говорить, когда данное спорное отношеніе, взятое въ первый моментъ процесса, совершенно совпадаетъ съ самимъ собою, взятымъ въ любой изъ послѣдующихъ моментовъ; внутреннее тождество спорнаго отношенія имѣется, слѣдовательно, тогда, когда нѣтъ никакого различія между спорнымъ отношеніемъ, каковымъ оно является въ первый моментъ процесса и какимъ оно является въ любой изъ послѣдующихъ моментовъ процесса,—словомъ, когда оно не измѣнено въ теченіе процесса. Понятіе тождества, замѣтимъ, совершенно одинаково, будемъ ли имѣть дѣло съ двумя или болѣе спорными отношеніями, или съ однимъ отношеніемъ, взятымъ въ два и болѣе разныхъ момента процесса.

### Б. Условія тождества спорнаго отношенія.

Когда же, при какихъ условіяхъ нѣсколько спорныхъ отношеній или одно, въ разныхъ стадіяхъ процесса, можно считать тождественными? Наука должна указать, съ возможною точностью, на отдѣльные элементы спорнаго отношенія, тождество коихъ даетъ основаніе признать тождество сравниваемыхъ отношеній. Придя путемъ сравненія къ тому заключенію, что спорныя отношенія тождественны, мы должны быть вправѣ сказать, въ виду внѣшняго тождества: это не два или нѣсколько, а одно и тоже отношеніе, а въ виду внутренняго тождества—это отношеніе осталось тѣмъ-же. Тоже самое относительно каждаго изъ элементовъ спорнаго отношенія. Но къ этому слѣдуетъ сдѣлать еще слѣдующую оговорку. Говоря о томъ или другомъ элементѣ спорнаго юридическаго отношенія, мы, конечно, имѣемъ въ виду явленія юридическія, почему и тождество ихъ есть тождество юридическое, иначе: тождество въ юридическомъ смыслѣ. Въ дѣйствительности, на самомъ дѣлѣ, фактически два явленія могутъ быть совершенно различны, но юридическій порядокъ признаетъ ихъ тождественными въ силу тѣхъ или другихъ вѣскихъ соображеній, соображеній, основанныхъ на наилучшей охранѣ интересовъ гражданъ; напр. преемникъ правъ и его юридическій предшественникъ суть субъекты тождественные; договоръ, въ силу котораго можно требовать вещь и законъ, въ силу котораго можно требовать вознагражденіе за недоставленіе этой вещи суть юридически тождественныя основанія возникновенія правъ, двѣ альтернативно-должныя различныя вещи суть юридически тождественные вещественные субстраты права и т. д.

Есть, однако, ученые, которые полагаютъ, что поставленный нами вопросъ не долженъ быть разрѣшаемъ ни наукою, ни законодательствомъ. Такъ, Эндеманъ говоритъ, что сравненіе двухъ спорныхъ отношеній, съ одной стороны, „даетъ просторъ логическимъ консеквенціямъ" и что, съ другой стороны, при такомъ сравненіи надлежитъ брать въ соображеніе характеръ даннаго процесса. Въ виду этого, по его словамъ, наука только и можетъ пред-

[1]) Клейнфродъ называетъ это тождество „собственнымъ" — „eigene Identität" н. с. стр. 50.

ложить практикѣ такое положеніе: „судьѣ надлежитъ изслѣдовать и сравнить оба отношенія, съ цѣлью разрѣшенія вопроса о тождествѣ, по правиламъ логики, согласованными съ духомъ даннаго процесса“ [1]). Въ другомъ мѣстѣ онъ говоритъ, что слѣдуетъ воздержаться отъ „схоластическихъ разграниченій“ и что при разрѣшеніи вопроса о тождествѣ все зависитъ отъ настроенія и практическаго такта судьи [2]). Если стоять на почвѣ Эндемана, то, чтобы быть послѣдовательнымъ, надо признать, что всѣ процессуальные и матеріальные законы излишни, да и сама юриспруденція подлежитъ упраздненію. Est modus in rebus. Нельзя въ дѣлахъ гражданскихъ все предоставить усмотрѣнію судьи — неговоря уже о томъ, что такое беззаконіе гибельно отразится на отправленіи правосудія,—судьи будутъ поставлены въ крайне затруднительное положеніе. Законъ долженъ дать общія руководящія начала, наука должна раскрывать ихъ смыслъ, подвергнуть ихъ анализу. Что касается процессуальныхъ законовъ и, въ частности, законовъ, опредѣляющихъ права и обязанности суда, то они не могутъ, и не должны регламентировать ту дѣятельность суда, которая касается совѣсти, внутренняго убѣжденія, оцѣнки степени вѣроятности существованія факта, но въ вопросахъ, въ которыхъ извѣстную роль играетъ логика и этотъ часто неуловимый, дающій безграничный просторъ произволу, *духъ* закона — законъ и наука должны придти на помощь судьѣ. Въ законѣ должны быть сдѣланы общія указанія на условія тождества спорнаго отношенія, указанія которыя ему даетъ наука; судья долженъ примѣнять положенія закона къ конкретному случаю, пользуясь данными той же науки.

И такъ, прежде всего наука должна указать на элементы спорнаго отношенія, тождество коихъ даетъ основаніе заключить о тождествѣ послѣдняго. Нельзя сказать, чтобы передъ этимъ вопросамъ наука стояла съ пустыми руками. Нужно только съ большою осмотрительностью пользоваться уже добытыми результатами. Дѣло въ томъ, что ученые, говорящіе объ элементахъ спорнаго отношенія, тождественность коихъ требуется для признанія тождества самаго отношенія, имѣютъ въ виду тотъ или другой случай, когда возникаетъ вопросъ объ этомъ тождествѣ, чаще всего exceptio rei judicatae и измѣненіе иска. Приходится, слѣдовательно, быть всегда настарожѣ: не вытекаетъ-ли та или другая черта вопроса изъ особенности того случая, по поводу котораго вопросъ разрѣшается. Затрудненіе еще увеличивается благодаря и другимъ обстоятельствамъ, напр. неразработанности и спорности вопросовъ о юридическомъ отношеніи вообще, объ элементахъ права, о существѣ иска и его основаніи, множеству спорныхъ пунктовъ въ ученіяхъ о силѣ судебнаго рѣшенія, объ измѣненіи иска и другихъ.

Изслѣдуя вопросъ о тождествѣ спорнаго отношенія, ученые употребляютъ различныя выраженія для обозначенія сравниваемыхъ величинъ. Такъ, одни говорятъ о тождествѣ спора о правѣ (Rechtsstreit [3]), другіе — о тождествѣ иска [4]), третьи — о тождествѣ гражданскаго дѣла [5]), четвертые — о тождествѣ притязаній [6]) и др.

---

[1]) Endemann н. с. стр. 552—554.

[2]) Ibid. стр. 628.

[3]) Savigny н. с. т. VI стр. 417 и слѣд. Förster-Theorie und Praxis des preussisch. P. Rechts. B. 1 S. 285 и слѣд. Unger н. с. т. 2 стр. 851 и слѣд. Renand н. с. стр. 431 Kleinschrod н. с. стр. 343 и др.

[4]) Wetzel н. с. стр. 576, Bonnier н. с. стр. 167, Boitard н. с. т. I стр. 331, Малышевъ н. с. т. I стр. 438 и слѣд. Bayer-Vorträge стр. 750 и др.

[5]) Osterloh н. с. стр. 17, Анненковъ н. с. т. III стр. 53 и др.

[6]) Canstein н. с. т. I стр. 549 и слѣд.

Однако, это различіе выраженій, само по себѣ, не указываетъ на разногласіе по существу: какое бы выраженіе ученые ни употребляли, они имѣютъ въ виду, или непосредственно или посредственно, матеріально-правовое спорное отношеніе. Такъ, тѣ, которые говорятъ о тождествѣ *спора о правѣ* или о правовыхъ спорахъ, хотятъ именно сказать, что это тѣ отношенія, которыя установляются, благодаря оспариванію одною стороною права другой стороны; тоже самое слѣдуетъ сказать и о говорящихъ о гражданскомъ *дѣлѣ*. Ихъ, особенно послѣднихъ, можно развѣ упрекнуть въ неточности выраженій. Что касается тѣхъ, которые говорятъ о тождествѣ *иска,* то они такою терминологіею лишь затемняютъ то, что хотятъ высказать. Вмѣсто того, чтобы, напр., сказать тождество объекта спорнаго *права,* они говорятъ тождество объекта *иска*; разумѣется это не одно и тоже; объектомъ иска они считаютъ спорное право, а у нихъ рѣчь идетъ о вещахъ, т.-е. съ ихъ же точки зрѣнія, объектахъ права. Сознавая это неудобство, нѣкоторые изъ нихъ [1]) признаютъ объектомъ иска и вещи и права, что уже совсѣмъ неправильно: вещи и права не суть отдѣльные категоріи объектовъ иска; что будетъ, съ этой точки зрѣнія, объектомъ иска о правѣ на вещь? — вещь или право? или то и другое? Затѣмъ, вмѣсто того, чтобы сказать тождество основанія возникновенія права, что собственно они и имѣютъ въ виду, они говорятъ; тождество активнаго основанія иска, т.-е. факта правопроизводящаго. Наименѣе удовлетворительна терминологія Канштейна, говорящаго о тождествѣ *притязаній*. Онъ во всемъ этомъ вопросѣ повторяетъ то, что было сказано Унгеромъ, замѣняя лишь слово Rechtsstreit словомъ Anspruch. Исправленіе невозможное. Притязаніе, во-первыхъ, характеризуетъ лишь одну сторону спорнаго отношенія — право; во-вторыхъ, изъ него не видно ни того, что правоотношеніе, какъ предметъ сравненія, въ каждомъ данномъ случаѣ, предполагаетъ правонарушеніе [2]), ни, тѣмъ менѣе, того, что правоотношеніе спорно. Но какъ бы то ни было, это различіе выраженій, само по себѣ, не отзывается на существѣ дѣла.

Но въ одномъ всѣ ученые согласны, что при изслѣдованіи тождества спорнаго отношенія надо различать объективное тождество отъ субъективнаго. Нѣтъ сомнѣнія, что въ каждомъ спорномъ отношеніи мы видимъ двѣ стороны: субъективную и объективную. Если бы мы захотѣли опредѣлить эту объективную сторону, конечно, на основаніи того, что подъ нее подводятъ, то, признаться, были бы въ крайнемъ затрудненіи. Къ объективной сторонѣ относится весь составъ, вся характеристика спорнаго отношенія, за выдѣленіемъ субъектовъ; такъ, одни относятъ къ ней вопросъ о правѣ (Rechtsfrage [3]), другіе—спорное право [4]), и т. д. Очевидно, что право не можетъ быть объектомъ спорнаго отношенія, т.-е комплекса правъ и обязанностей, или одного права и одной обязанности, ставшихъ спорными. Право и обязанность есть содержаніе, составъ правоотношенія, т.-е. само оно. Нѣтъ сомнѣнія, что для характеристики спорнаго отношенія важны и субъекты и права. Но суть ли они только *элементы* спорнаго отношенія?—это-то для насъ и важно въ вопросѣ о тождествѣ. Нѣтъ, какъ выше уже было замѣчено, элементовъ спорнаго отношенія, какъ и всякаго другого, три: субъектъ, объектъ и связь субъекта съ объектомъ, т.-е. права и соотвѣтствующія имъ обязанности субъекта относительно объекта. Если таковы элементы спорнаго отношенія, то послѣднія тождественны при тождествѣ субъектовъ, объектовъ и связи субъектъ съ объектами. Разсмотримъ тождество каждаго изъ этихъ элементовъ въ отдѣльности.

---

[1]) Напр., Малышевъ, 1, с.

[2]) Виндшейдъ, н. с. т. 1 въ пер. проф. Пахмана, стр. 92 пр. 2 а.

[3]) Savigny н. с. т. VI стр. 418. Bayer н. с. стр. 450 и др.

[4]) Unger н. с. т. II стр. 651. Малышевъ, н. с. т. I стр. 437.

### 1. *Тождество субъектовъ спорнаго отношенія.*

Для тождества спорнаго отношенія необходимо, прежде всего, тождество субъектовъ его: обладателя права и нарушителя его, истца и отвѣтчика, если споръ уже обращенъ къ судебному разсмотрѣнію. Спорныя отношенія, тождественныя по объекту и юридической связи, но въ которыхъ фигурируютъ разные субъекты, не могутъ быть тождественными. Это тождество субъектовъ спорнаго отношенія, однако, не слѣдуетъ понимать такъ, что въ сравниваемыхъ отношеніяхъ должны быть непремѣнно одни и тѣ же индивиды, А и Б. Когда А и Б являются субъектами этихъ отношеній, то тождество несомнѣнно. но юридическое тождество возможно и тогда, когда въ одномъ изъ сравниваемыхъ отношеній субъектами являются А и Б, въ другомъ Б и В или А и Г, лишь бы юридически А и В, Б и Г являлись тѣми же лицами, лишь бы лица эти, какъ говоритъ Дункеръ, являлись юридически однимъ лицомъ [1]), напр., юридическій преемникъ и предшественникъ, вообще лицо, могущее въ силу того или другого основанія замѣнить въ спорѣ другое.

Упомянутое общее положеніе о необходимости тождества субъектовъ, со времени перваго указанія на него римскими юристами, стоитъ въ наукѣ незыблемо. Но наука не признаетъ, что положеніе это вытекаетъ изъ требованій юридической логики и что, слѣдовательно, изъ него не допускается никакихъ исключеній. По господствующему мнѣнію положеніе это далеко не безусловно—допускается большее или меньшее число *исключеній*. Всѣ эти исключенія кажутся намъ мнимыми, если смотрѣть на нихъ съ той точки зрѣнія, что для тождества спорныхъ отношеній необходимо *юридическое* тождество субъектовъ ихъ, а не непремѣнно тождество лицъ. Мы далеки отъ мысли считать, какъ это дѣлаютъ нѣкоторые писатели [2]), эти исключенія „произвольными уклоненіями отъ принципа", и видѣть въ нихъ отсутствіе внутренней необходимости и т. п. Сама жизнь вызываетъ ихъ: это вполнѣ реальныя явленія—наше дѣло брать то, что жизнь даетъ...

На случаи этихъ исключеній указали намъ римскіе юристы. Случаи эти самые рельефные и тѣ новые, какіе къ нимъ прибавляются, суть лишь болѣе или менѣе существенныя модификаціи. Мы будемъ имѣть въ виду лишь главнѣйшіе, указанные римскими юристами, отбросивъ тѣ, которые, по общепризнанному мнѣнію, нынѣ потеряли значеніе.

Общепризнаннымъ исключеніемъ изъ выставленнаго правила признается тотъ случай, когда въ спорныхъ отношеніяхъ одинъ изъ субъектовъ его вступаетъ въ права другого или принимаетъ на себя обязанности другого, т. е. случай преемства [3]).

Преемство это можетъ выразиться въ разныхъ формахъ: универсальное и сингулярное, inter vivos и mortis causa [4]). Въ процессуальномъ отношеніи большее значеніе имѣетъ послѣднее дѣленіе: по основаніямъ преемства. Какимъ бы путемъ и въ какой бы мѣрѣ преемство ни совершилось, если оно правомѣрно, то преемникъ вступаетъ въ тѣ права, которыя принадлежали предшественнику, принимаетъ на себя ту обязанность или тѣ обязанности, которыя лежали на предшественникѣ. Между этими лицами юридическаго раз-

---

[1]) Duncker-Betrachtungen über die Wirkung der Rechtskraft въ Arch. für pract. R.W. B. 5 S. 71.

[2]) Напр. Миловидовъ н. с. стр. 121 и слѣд.

[3]) Ulpianus въ L 9 § 2 L, 11 §§ 3, 8, 9, 10 D. de rei jud. 44, 2 Papinianus въ L. 28 cit; Paulus въ L. 25, § 8. D. de fam. ercisc. 10. 1.

[4]) Canstein н. с. т. 1, стр. 454.

личія нѣтъ—въ процессуальномъ отношеніи эти лица, напр., наслѣдникъ и наслѣдодатель, цедентъ и цессіонарій и т. д. тождественны. Когда преемство совершилось правомѣрно, то процессъ продолжается, какъ будто бы никакой замѣны лицъ не произошло, юридическіе акты, обязательные для предшественника, распространяютъ свою силу и на преемника, какъ будто бы они и безъ замѣны лицъ на него распространялись.

Что касается другихъ, такъ называемыхъ, исключеній,—исключеній позитивныхъ, какъ ихъ называетъ Савиньи [1]) въ противоположность естественнымъ, преемству,—то только за послѣднее время стали сомнѣваться: являются ли это исключенія дѣйствительно таковыми. Такъ, Фрейденштейнъ высказываетъ, хотя и въ иной формѣ, ту мысль, что во всѣхъ случаяхъ этихъ исключеній имѣются два юридическихъ отношенія: одно между спорящими сторонами, другое между ними и третьими лицами [2]), такъ что судъ, разрѣшая, напр., извѣстное отношеніе между А и Б, рѣшаетъ и относительно В, Г, Д, и т. д., потому что В находится въ извѣстныхъ отношеніяхъ съ В, Г, Д и т. д.; слѣдовательно, съ разрѣшеніемъ перваго отношенія разрѣшается и второе. Такъ что въ спорѣ по поводу даннаго отношенія, связаннаго съ другимъ, стоятъ не только субъекты перваго, А и Б, но и субъекты втораго, В, Г, Д, и т. д. Если мы сравнимъ два спорныхъ отношенія: одно между А и Б, другое между А и В, Г, Д, и т. д., то субъекты ихъ, на соотвѣтствующей сторонѣ, будутъ тождественными, напр., въ искѣ о законности рожденія, предъявленномъ А къ Б; въ первомъ спорномъ отношеніи являются истцомъ, скажемъ, А, а отвѣтчикомъ Б, но такъ какъ у Б есть братъ В и сестра Г, то собственно отвѣтчиками считаются Б, В и Г; во второмъ—истецъ А и отвѣтчикъ В, но такъ какъ у В есть братъ Б и сестра Г, то они считаются отвѣтчиками, такъ что въ обоихъ спорныхъ отношеніяхъ на каждой сторонѣ субъекты юридически тождественны. Мысль эта приводитъ именно къ тому выводу, что во всѣхъ этихъ случаяхъ нельзя видѣть исключенія изъ общаго правила. Могутъ замѣтить, что взглядъ этотъ исключаетъ необходимость говорить о юридическомъ, все-таки фиктивномъ тождествѣ, что тождество это есть дѣйствительное, реальное; одни и тѣже субъекты стоятъ и въ томъ и въ другомъ спорномъ отношеніи. Едва ли такая формулировка даннаго случая достаточно точна. Вѣдь на самомъ дѣлѣ въ обоихъ спорныхъ отношеніяхъ все-таки стоятъ не тѣ же лица—въ первомъ стоятъ А и Б, во второмъ А и В; состояніе въ первомъ спорѣ В и Г, во второмъ Б и Г—все-таки фиктивное. Тѣмъ не менѣе такая юридическая конструкція, дѣйствительно, указываетъ на необходимость признать тождество субъектовъ при реальномъ. дѣйствительномъ отсутствіи его. Необходимость эта вытекаетъ изъ характера той связи, которая въ каждомъ изъ сравнительныхъ спорныхъ отношеній существуетъ между отношеніемъ сторонъ и между отношеніемъ ихъ или одной изъ нихъ съ третьимъ лицомъ. Имѣя въ виду всѣ приводимыя учеными, такъ называемыя, изъятія, и обобщая ихъ, мы приходимъ къ слѣдующему соображенію. Если одно изъ лицъ, а иногда и оба лица, находящіяся между собой въ извѣстномъ спорномъ отношеніи, находятся съ третьимъ лицомъ въ такомъ юридическомъ отношеніи, въ силу котораго имѣется основаніе признавать, что это лицо или эти лица являются предполагаемыми, *презумтивными представителями* третьихъ лицъ, въ спорѣ неучаствующихъ, то всѣ эти лица считаются юридически тождественными. Савиньи [3]), Фрейденштейнъ [4]), и др. вы-

---

[1]) Savigny н. с. т. VI стр. 469.

[2]) Freudenstein—Die Rechtskraft nach der R. C. Pr. Ord. und ihre Wirkung auf die subject. Rechte Hannover. 1881. S. 220—222.

[3]) Savigny н. с. т. VI стр. 471.

[4]) Freudenstein н. с. стр. 222.

ставляютъ, хотя и не столь широкое, общее положеніе, замѣчая, что оно не можетъ быть руководящимъ принципомъ. Не видимъ основаній почему это такъ. Что касается случаевъ, которые имѣли въ виду римскіе юристы, то о примѣнимости къ нимъ этого положенія не можетъ быть ни малѣйшаго сомнѣнія. Сомнѣніе можетъ лишь зародиться относительно другихъ случаевъ, на которыхъ еще не обращено должнаго вниманія. Во всѣхъ случаяхъ перваго рода мы видимъ, что имѣется извѣстное правоотношеніе между участникомъ спора и третьимъ лицомъ, дающее основаніе признать перваго презумтивнымъ представителемъ второго, напр., отношенія по родству, общему праву на сервитутъ, солидарности. Иное дѣло случаи второго рода. Случаи эти таковы, что между спорящею стороною и третьимъ лицомъ отдѣльнаго отъ представительства правоотношенія не имѣется, но въ теченіе процесса, въ силу закона и позднѣйшаго согласія третьяго, спорящая сторона признается представителемъ третьяго, напр., когда надлежащій истецъ или отвѣтчикъ замѣняетъ собою ненадлежащаго. Въ этихъ случаяхъ, при извѣстныхъ условіяхъ, лицо, выбывшее разсматривается какъ представитель лица его замѣнившаго, въ дѣйствіяхъ, совершенныхъ до замѣны. И тутъ лица выбывшее и вновь вступившее разсматриваются какъ субъекты тождественны. Возвращаемся къ презумтивному представительству [1]). Подъ презумтивнымъ разумѣется такое, установленное закономъ, судебное представительство, которое имѣетъ своимъ основаніемъ особое юридическое отношеніе между представителемъ и представляемымъ; вступая въ это отношеніе, или находясь въ немъ, одинъ изъ участниковъ его признается въ процессѣ представителемъ другого. Слѣдовательно, отъ такъ называемаго законнаго представительства презумтивное отличается слѣдующими признаками: 1) первое всегда устанавливается въ силу особаго состоянія лица представляемаго, напр., его недѣеспособности,—въ презумтивномъ этого нѣтъ; 2) въ первомъ—лицо вступаетъ въ отношеніе представительства, именно съ тою цѣлью, чтобы оно могло совершать дѣйствія за и отъ имена другого, во второмъ—отношеніе представительства вытекаетъ изъ другого юридическаго же отношенія; 3) первое неограничено, второе ограничено однимъ лишь процессомъ и 4) при первомъ всѣ судебныя дѣйствія совершаются представителемъ, во второмъ, только тѣ, отъ совершенія коихъ представляемый уклонился.

Это понятіе презумтивнаго представительства принимается нами именно въ силу необходимости; это не средство объяснить себѣ нѣчто, иначе не объяснимое; оно дается самимъ свойствомъ тѣхъ явленій, въ которыхъ раскрывается. И дѣйствительно, мы видимъ, что дѣятельнымъ участникомъ на судѣ, разрѣшающимъ данное спорное отношеніе, является данное лицо; дѣйствія, имъ совершаемыя, оказываютъ вліяніе и на другихъ лицъ, на судѣ не фигурировавшихъ. Въ силу тѣхъ или другихъ жизненныхъ или юридическихъ соображеній, въ томъ или другомъ случаѣ, необходимо распространить силу дѣйствій одного изъ участниковъ процесса на другихъ лицъ, въ процессѣ не участвовавшихъ. Какъ формулировать юридически эти случаи? Не иначе, какъ сказавъ, что въ нихъ лицо участвующее дѣйствуетъ въ качествѣ представителя лицъ, неучаствующихъ въ процессѣ. Этимъ, слѣдовательно, не только объясняется данное явленіе,—ему дается юридическая характеристика. Но какъ бы то ни было, изъ факта представительства мы выводимъ тождество лицъ. Такъ какъ въ области правомѣрныхъ дѣйствій представитель отожде-

---

[1]) Обширная литература представительства еще такъ бѣдна результатами, что въ установленіи новыхъ или обновленныхъ формъ его ученые не стѣсняются. Образцомъ можетъ служить взглядъ Шульце на интервеніента, какъ на „представителя стороны въ силу собственнаго права". Schultze Die sog Neben-Intervention. Berlin. 1881.

ствляется юридически съ представляемымъ, то въ данныхъ случаяхъ, какъ сказано было выше, мы видимъ тождество субъектовъ не реальное, а фиктивное, юридическое. Такъ что т. наз. исключенія изъ того общаго правила, когда, несмотря на различіе субъектовъ, все-таки признается тождество ихъ, и по нашему мнѣнію, вовсе не являются таковыми—въ нихъ имѣется хотя лишь юридическое, но все-таки тождество субъектовъ.

Что касается приводимыхъ римскими юристами случаевъ „изъятій" изъ того правила [1]), что для тождества спорныхъ отношеній необходимо и (реальное) тождество субъектовъ, то они суть:

1) *Споры о правахъ состоянія, въ частности, о дѣйствительности брака и законности рожденія, между лицами ближе всѣхъ заинтересованными въ опредѣленіи своихъ правъ* [2]). Каждая изъ сторонъ, какъ это высказывается многими учеными, признается презумтивнымъ представителемъ всѣхъ своихъ родственниковъ, такъ что юридическое тождество между первыми и послѣдними должно быть признаваемо. Слѣдовательно, съ субъектами спорнаго отношенія по поводу правъ состоянія, законности рожденія или дѣйствительности брака, всѣ лица, находящіяся съ ними въ родственныхъ отношеніяхъ, будутъ юридически тождественны. Этотъ случай, въ виду того, что онъ не относится къ области гражданскаго процесса въ собственномъ смыслѣ, нашему разсмотрѣнію подлежать не будетъ.

2) *Споры о единомъ нераздѣльномъ правѣ, принадлежащемъ лицамъ или одному лицу по отношенію къ нѣсколькимъ лицамъ* [3]). Сторона участвующая признается презумтивнымъ представителемъ лица не участвующаго, такъ что, слѣдовательно, съ первою юридически тождественными будутъ всѣ лица съ нею соуправомоченныя или сообязанныя. Въ частности римскіе юристы сюда относятъ слѣдующіе случаи:

а) *Споры о сервитутномъ правѣ между собственникомъ господствующаго и собственникомъ служебнаго имѣній, изъ коихъ то или другое принадлежитъ нѣсколькимъ лицамъ* [4]) (confessoria и negatoria in rem actio). Право на сервитутъ и соотвѣтствующая ему обязанность терпѣть сервитутъ—недѣлимы [5]). По поводу этихъ правъ и обязанностей можетъ возникнуть споръ одного изъ собственниковъ господствующаго имѣнія съ собственникомъ служебнаго или собственника господствующаго имѣнія съ однимъ изъ собственниковъ служебнаго имѣнія; правомѣрныя дѣйствія одного изъ сособственниковъ отражаются на правовой сферѣ другого, обязательны для другого. Потому-то соуправомоченные или сообязанные, невступающіе въ процессъ, считаются представляемыми участниками процесса,—между ними признается юридическое тождество.

б) *Споры между вѣрителемъ и должникомъ о правѣ по солидарному обязательству* [6]). Хотя римскіе юристы въ этихъ случаяхъ имѣютъ въ виду то, что въ теоріи называется корреалитетомъ, но мы говоримъ о солидарности потому, что съ одной стороны современному праву чуждъ корреалитетъ съ

---

[1]) Savigny н. с. т. VI стр. 471. Freudenstein н. с. стр. 227.

[2]) Ulpianus въ L. 1 § 16, L. 3 D. de agnosc. 25. 3. Julianus въ L. 2 eod. см. Windscheid н. с. т. 1, стр. 347.

[3]) Buchka н. с., стр. 103—122.

[4]) Ulpianus въ L. 1 § 5 D. de arb. 43. 27 L 4 § 3 D, de servit 8, 6. L. 4 § 4, L. 6 § 4 eod. Marcianus въ L. 19 eod. Savigny н. с. т. VI, стр. 479—482. Windscheid н. с. т. т. 1, стр. 346—247.

[5]) Ryck—Die Lehre von den Schuldverhältnissen nach gem. d. Recht. Berlin 1883. I S. 104.

[6]) Pamponius въ E. 42 § 3 D. d. jurejur 12. 2.

его безусловнымъ прекращеніемъ обязательства, въ силу исполненія, зачета и т. п. [1]), а съ другой, потому что самое различіе между корреалитетомъ и солидарностью не имѣетъ практическаго значенія [2]). Подъ солидарнымъ же обязательствомъ мы разумѣемъ обязательство единое, нераздѣльное съ внѣшней стороны и совокупность обязательствъ съ внутренней. Кредиторъ можетъ сказать, что всѣ содолжники его должники, онъ выбираетъ любаго для исполненія обязательствъ полностью; должникъ можетъ сказать, что всѣ сокредиторы его кредиторы, онъ можетъ удовлетворить любаго полностью, отъ него можетъ требовать полностью же любой. Но каждый изъ сокредиторовъ имѣетъ лишь опредѣленную долю въ томъ требованіи, которое онъ полностью предъявляетъ къ должнику, и каждый содолжникъ обязанъ въ опредѣленной доли въ томъ, что онъ обязанъ исполнить полностью; сокредиторъ, получая удовлетвореніе, получаетъ за себя и за другихъ, содолжникъ удовлетворяя исполняетъ за себя и за другихъ; получающій и исполняющій дѣйствуетъ въ качествѣ представителя тѣхъ, за кого получаетъ и исполняетъ. Такъ разсуждаютъ Бринцъ [3]), Беккеръ [4]), Гріоле [5]) и др., и разсуждаютъ основательно. Приведенныя противъ нихъ Рикомъ [6]) возраженія неубѣдительны. Онъ говоритъ, 1) что каждый изъ совѣрителей и содолжниковъ изначала имѣетъ право и обязанъ suo momine in solidum. Это не аргументъ, а голословное утвержденіе. 2) Въ характеристику корреалитета вносится не имѣющееся въ наличности различіе между первоначальною дѣлимостью и послѣдующею солидарностью. Противъ этого надо замѣтить, что это различіе вносится именно потому, что оно имѣется въ наличности. Фактъ на лицо: совѣритель получаетъ полную сумму и дѣлится съ товарищами, содолжникъ уплачиваетъ полную сумму и получаетъ соотвѣтствующую часть съ каждаго изъ товарищей, словомъ можетъ быть осуществлено право регресса. 3) При установленіи обязательствъ, мысль о представительствѣ вовсе не имѣлась въ виду. Едва ли. Если лица, установившія корреалитетъ и не назвали бы установившагося между ними отношенія представительствомъ, то, несомнѣнно имѣли въ виду фактъ, подводимый юристами подъ это понятіе, а именно полученіе чего-либо за другаго съ обязанностью передать полученное послѣднему, уплата чего-либо за другаго съ правомъ полученія уплаченнаго.

Съ принятой нами точки зрѣнія можно сказать, что неучаствующій въ процессѣ содолжникъ или совѣритель имѣютъ въ лицѣ участвующаго своего не только презумтивнаго, фиктивнаго, но и дѣйствительнаго представителя.

Съ этой точки зрѣнія само собою напрашивается выводъ, что участвующіе въ процессѣ солидарные совѣрители и содолжники юридически тождественны съ неучаствующими.

---

[1]) Обыкновенно (см., напр., Мейеръ—Русское гражданское право, стр. 340) указываютъ на поручительство, какъ на случай современнаго корреалитета. Это едва-ли вѣрно, ибо въ случаяхъ поручительства мы видимъ два обязательства—одно простое, должника, другое условное, поручителя, причемъ послѣднее обусловлено первымъ; различіе это вѣдь можетъ дойти до того, что должникъ обязывается оказать услугу, напр., нарисовать картину, а поручитель въ случаѣ неисполненія обязывается уплатить извѣстную сумму.

[2]) Побѣдоносцевъ. Курсъ гражд. права, т. 3, стр. 98. Bekker—Die Actionen des röm. P. R. B. 2 Beilage Q. S. 323 Baron—Lehrd. der Pandecten § 246 и др.

[3]) Brinz-Kritische Blätter 1853. B. 4 S. 28 и слѣд.

[4]) Bekker—Die Processualische Consumption S. 21.

[5]) Griolet-L'autorite de la chose juges p. 164.

[6]) Ryck. н. с. стр. 57.

*2. Тождество объекта спорнаго отношенія.*

Каждое юридическое отношеніе, сказали мы выше, есть комплексъ правъ и обязанностей; объектомъ этого отношенія является, слѣдовательно, то, что является объектомъ правъ и обязанностей т.-е. дѣйствіе. Каждое право есть возможность требовать совершенія другимъ какого-либо дѣйствія или возможность самому совершать извѣстныя дѣйствія; каждая юридическая обязанность есть необходимость совершить извѣстное (положительное или отрицательное) дѣйствіе. Если предметъ права есть то, что намъ можно требовать отъ другаго или что намъ можно совершить, то предметомъ этимъ только и можетъ быть дѣйствіе или другаго лица или наше собственное [1]). Это положеніе, однако, нельзя считать общепризнаннымъ, безспорнымъ. Вопросъ о томъ, что является предметомъ права, издавна возбуждаетъ разногласіе въ наукѣ. Такъ тотъ-же Вехтеръ [2]) Гешенъ [3]) и др. признаютъ объектомъ права—res, въ обширномъ смыслѣ, т.-е. объектомъ обязательныхъ правъ—дѣйствіе, объектомъ вещныхъ правъ—вещь [4]). Но вѣдь вещь и дѣйствіе не суть двѣ отдѣльныя категоріи объектовъ, ибо и право на *вещь* есть возможность совершенія надъ нею извѣстнаго *дѣйствія*; и дѣйствіе иногда касается вещи; такая разнообъектность логически невозможна: пришлось бы признать нѣкоторыя права съ двумя объектами. Вещь есть реальный субстратъ права, по отношенію къ которому совершаются извѣстныя дѣйствія по праву или по обязанности. Другіе, напр. Унгеръ [5]) Нейнеръ [6]) считаютъ объектомъ права—подчиненную волю третьихъ лицъ. Воля никогда не можетъ быть тѣмъ, на что можно имѣть право; но отношеніе ея къ объекту права, дѣйствительно близкое: совершеніе дѣйствія имѣетъ подъ собою одну почву, касается одной области человѣческаго организма—*воли*; имѣя право, мы можемъ или требобовать дѣйствія и тѣмъ подчиняемъ себѣ чужую волю или мы можемъ дѣйствовать и тѣмъ проявляемъ свою волю. Едва ли основательно смѣшивать почву съ тѣмъ, что на ней стоитъ. Третьи, напр. Арндтсъ [7]), Брунсъ [8]) считаютъ объектомъ правъ только вещи (объ этомъ см. ниже) и т. д. Признавая единственно вѣрнымъ взглядъ на объектъ права, какъ на дѣйствіе обязаннаго или управомоченнаго, мы полагаемъ, что для тождества спорныхъ отношеній необходимо и тождество дѣйствій, какъ объектовъ правоотношенія. Въ сущности, мы, говоря это, передаемъ въ иной формѣ мысль, которую можно считать нынѣ общепризнанною въ наукѣ. Различіе между правоотношеніями, вызываемое различіемъ дѣйствій, какъ объектовъ ихъ, а также тождество первыхъ, вызываемое тождествомъ послѣднихъ, именуется учеными различіемъ или тождествомъ спорныхъ отношеній по *содержанію правъ*. Такъ

---

[1]) Wächter—Handbuch des in Würtemb. gelt. P. Rechts Stuttgard. 1851 B 2 J. 303.

[2]) Wächter l. c. Характеризуя совершенно вѣрно объектъ права, Вехтеръ, однако, вопреки этой характеристики, признаетъ и вещи объектами правъ.

[3]) Göschen—Vorlesungen über das gem. C. Recht ed. Erxleben. Göttingen 1838 B. I. S. 103.

[4]) Таже мысль проглядываетъ у Савиньи и Унгера, говорящихъ о „юридическомъ“ и „внѣшнемъ“ объектахъ.

[5]) Unger н. с. 1 стр. 499.

[6]) Neuner—Wesen und Arten der Privatrechtsverhältn. Kiel 1866. S. 9 и сл.

[7]) Arndts—Lehrbuch der Pandecten. München. 1868. S. 52.

[8]) Bruhns—Das heutige röm. Recht въ Encyclop. Holtzendorff. Leipzig 1873 S. 399: объекты правъ суть лица и вещи, но лицо есть субъектъ правъ слѣд. остаются вещи.

Унгеръ [1]) Канштейнъ [2]) Миловидовъ [3]) и др. признаютъ, что права тождественны при тождествѣ содержанія. Недостаточно ясное представленіе о томъ, что, является содержаніемъ права, видно, во-первыхъ, изъ того, что слово „содержаніе", по мнѣнію самихъ этихъ ученыхъ, недостаточно полно выражаетъ то, что они себѣ представляютъ; они прибавляютъ къ слову „содержаніе" и „природа, существо права". Во 2-хъ самое понятіе содержаніе они смѣшиваютъ съ предметомъ. Такъ, Унгеръ говоритъ, что подъ содержаніемъ права понимается „совокупность содержащихся въ немъ правомочій, т.-е. то, что мы можемъ дѣлать" [4]). Между этими двумя положеніями мы не видимъ связи; первое совершенно вѣрно характеризуетъ содержаніе права: въ понятіе права, конечно, входитъ совокупность правомочій; но правомочіе есть лишь возможность; это не есть то, что мы требуемъ отъ другихъ и сами дѣлаемъ, а возможность требованія и дѣянія; то, что мы можемъ требовать отъ другихъ и сами можемъ дѣлать—есть дѣйствіе, какъ предметъ правъ. Очевидно Унгеръ и другіе смѣшали понятія содержанія и предмета права. И дѣйствительно, изъ дальнѣйшаго изложенія, гдѣ приводятся примѣры, видно, что права, различныя, какъ говоритъ Унгеръ, по содержанію, различны, въ сущности, по предмету, по характеру дѣйствій. Такъ, онъ говоритъ, что искъ о правѣ собственности по содержанію различенъ отъ личнаго иска о той же вещи, иначе говоря, право собственности отличается, напр., отъ права пользованія въ силу найма; въ первомъ случаѣ лицо можетъ совершать всякаго рода безвредныя дѣйствія надъ вещью, во второмъ—только дѣйствія, связанныя съ необходимостью и возможностью извлеченія экономической выгоды. Далѣе, онъ говоритъ, что отдѣльныя вещныя права различаются между собою по содержанію напр., сервитуты iter и via. И дѣйствительно, въ одномъ случаѣ обладатель сервитута можетъ только ходить по чужой землѣ, въ другомъ — и ѣздить и т. д. — Мало того, выраженія „содержаніе и существо" права, благодаря своей неопредѣленности, имѣютъ столь широкое значеніе, что играютъ рѣшающую роль, а не роль одного изъ условій тождества. Въ вопросѣ о тождествѣ спорнаго отношенія тождество того или другого изъ элементовъ его еще ничего не значитъ: для признанія тождества спорнаго отношенія требуется тождество всѣхъ его элементовъ. а не любого, одного изъ нихъ—тождество кумулятивное. Между тѣмъ, „содержаніе и существо" характеризуютъ право вполнѣ съ той стороны, которая остается за выдѣленіемъ субъектовъ. Если бы можно было точно опредѣлить понятіе „содержаніе и существо", а не понимать подъ этимъ выраженіемъ „объектъ права", то одного тождества по „содержанію и существу" было бы достаточно для тождества права; если въ двухъ правахъ тождественно то, чтó входитъ въ ихъ составъ (содержаніе) и чтó составляетъ ихъ существо, то, конечно, права, уже въ силу этого одного, тождественны. Недаромъ нѣкоторые ученые, напр., Савиньи [5]), Ферстеръ [6]) называютъ это тождество по „содержанію и существу" тождествомъ вопроса о правѣ, Rechtsfrage. Но изъ примѣровъ, приводимыхъ ими, видно, что они разумѣютъ подъ тождествомъ или различіемъ вопроса о правѣ именно тождество и различіе по объекту права. Далѣе, нѣкоторые ученые, напр., Ветцель [7]), Байеръ [8]) повидимому не признаютъ необходимымъ для тождества

---

[1]) Unger н. с. т. II стр. 652. 653.
[2]) Canstein н. с. т. II стр. 549.
[3]) Миловидовъ н. с. стр. 31 и т. д.
[4]) Unger н. с. т. I стр. 503.
[5]) Savigny н. с. т. VI, стр. 418 и сл.
[6]) Förster н. с. т. I, стр. 287.
[7]) Wetzell. н. с. стр. 486, 570—589.
[8]) Bayer, н. с. стр. 450—457.

спорныхъ отношеній тождество ихъ объектовъ или, какъ говорятъ, тождество содержанія права. Такъ, Ветцель говоритъ, что требуется лишь тождество объекта (т.-е. вещественнаго субстрата права) и основанія иска. Но читая дальше, мы видимъ, что онъ приходитъ къ тому, что различныя права нарушаются однимъ и тѣмъ же дѣйствіемъ, т.-е. послѣднимъ дается основаніе различнымъ искамъ и въ видѣ примѣра приводитъ также иски resp. права, на которые указываютъ Унгеръ и другіе въ подтвержденіе того, что права эти различны, благодаря различію содержанія, тождественны, благодаря тождеству послѣдняго. Что касается Байера, то онъ называетъ характеристику спорныхъ отношеній по объекту характеристикой „по цѣли иска". Различіе не существенное: цѣль иска и есть признаніе права, т. е. возможность требовать дѣйствія или дѣйствовать.

Права различныя или тождественныя, по господствующему мнѣнію, по „существу о природѣ", по нашему мнѣнію, различны и тождественны по совокупности тѣхъ дѣйствій, на совершеніе коихъ, или на требованіе совершенія коихъ, лицо управомочено. Если мы говоримъ, что такія-то права тождественны по объекту, то значитъ дѣйствія, на которыя лицо управомочено, тождественны. Если данное право предоставляетъ возможность извлеченія извѣстной экономической выгоды въ извѣстномъ направленіи, напр., рубку лѣса на свои надобности (рубить, свозить, топить и т. п.), то право, управомочивающее на дѣйствія, хотя въ малѣйшемъ нетождественныя, напр. на рубку для продажи (рубить, свозить, продавать), уже не можетъ быть признано тождественнымъ съ первымъ.

Но, какъ сказано было выше, требованіе тождества каждаго изъ элементовъ кумулятивно. Потому-то тождество одного объекта еще недостаточно для признанія тождества спорнаго отношенія. Но есть ученые, напр., Вернцъ [1]), которые, хотя и въ иной формѣ, высказываются въ противуположномъ смыслѣ. Вернцъ говоритъ, что для тождества спорныхъ отношеній, достаточно тождества фактической стороны этихъ отношеній, т.-е. дѣйствій (Thatsachen). Не надо быть и юристомъ, чтобы понять, что право А. на 100 по займу не тождественно съ правомъ его на 100 по даренію; въ обоихъ случаяхъ дѣйствіе одно и то-же: доставленіе 100; но весь остальной юридическій составъ этихъ правъ различенъ Савиньи впалъ въ противоположную крайность. Онъ различаетъ юридическій объектъ иска отъ физическаго; подъ первымъ онъ понимаетъ дѣйствіе, требуемое истцомъ, т.-е. объектъ права и полагаетъ, что это дѣйствіе не имѣетъ значенія для индивидуализаціи исковъ. Савиньи приводитъ въ видѣ примѣра два иска: condictio furtiva и actio furti; юридическіе объекты этихъ исковъ, говоритъ онъ, совершенно различны, а между тѣмъ, римское право считало эти иски тождественными, въ виду тождества юридическаго вопроса, что видно изъ того, что допускалась exceptio rei judicatae, основанная на рѣшеніи по одному изъ этихъ исковъ, при предъявленіи другого [2]). Противъ этого мнѣнія можно привести слѣдующія соображенія: во 1-хъ, ни одинъ изъ римскихъ юристовъ и словомъ не обмолвился, что exc. rei jud. въ этомъ случаѣ допускается — имѣются лишь указанія на допустимость exceptio jurisjurandi [3]); во 2-хъ, едва-ли основательно думать, что эти иски должны быть признаваемы тождественными, не смотря на различіе объектовъ, потому, будто-бы, что въ обоихъ ихъ имѣется одинъ и тотъ же юридическій вопросъ — уплата извѣстной суммы (Ersatz, Strafe). То, что

---

[1]) Wernz-Commentar zur Pr. Ordn. in bürgerlichen Rechtstreitigkeiten für Bayern. München 1871. S. 190 и сл.

[2]) Savigny н. с. т. VI, стр. 452—453. Keller-Litiscontestation und Urtheil S. 281.

[3]) Ulpianus въ L. 13,52 D. de jurejur 12.

Савиньи здѣсь называетъ юридическимъ вопросомъ, какъ уже сказано было выше, есть нечто иное, какъ такъ называемый имъ въ другомъ мѣстѣ юридическій объектъ спорнаго отношенія (что видно изъ примѣровъ, имъ приводимыхъ), т.-е. извѣстныя дѣйствія. Такъ что остается необъяснимымъ: какимъ образомъ въ приводимыхъ имъ искахъ объекты различны, а юридическіе вопросы тождественны. Если не тождественны объекты, то не могутъ быть тождественны юридическіе вопросы; если тождественны первые, то и не могутъ не быть тождественны послѣдніе. Римскіе юристы понимали, что actio furti и condictio furtiva два совершенно различныхъ иска, одинъ о возвратѣ вещи и уплатѣ интереса, другой—о взысканіи пени, штрафа [1]), но что общее между ними то, что оба они предполагаютъ фактъ присвоенія имущества и, естественно, вопросъ объ этомъ фактѣ, рѣшенный при разсмотрѣніи одного изъ этихъ исковъ, не подлежитъ уже новому разрѣшенію при разсмотрѣніи другого иска. Такъ что, въ тѣхъ случаяхъ, когда судъ отказывалъ въ пенальномъ искѣ, actio furti, въ виду непризнанія факта кражи,—condictio furtiva, какъ гражданскій искъ (a. rei persecutoria), не могла быть предъявлена; первое рѣшеніе преюдицировало второе и въ случаѣ предъявленія actio furti — condictio furtiva отклонялась, не въ виду тождества съ actio furti, а именно въ виду преюдиціи. То-же самое и наоборотъ: когда отказано въ condictio furtiva по непризнанію факта кража, то не могла быть предъявлена actio furti.

Считая необходимымъ для тождества спорныхъ отношеній тождество объекта, мы, по существу дѣла, вовсе не расходимся съ господствующимъ въ наукѣ воззрѣніемъ. Думаемъ лишь, что наше мнѣніе болѣе удовлетворительно въ томъ отношеніи, что мы устраняемъ необходимость употребленія такихъ неопредѣленныхъ выраженій, какъ „содержаніе и природа“, „содержаніе и существо“, „объективное тождество“, „вопросъ о правѣ“ и т. д. Не менѣе важно и то, что, признавая необходимость тождества объекта, мы признаемъ необходимость тождества одного изъ *элементовъ* спорнаго отношенія. Слѣдовательно, только съ нашей точки зрѣнія можно сказать, что тождество отношеній имѣется при тождествѣ *элементовъ* ихъ — объектъ одинъ изъ элементовъ. Съ другой стороны, для тождества спорныхъ отношеній безусловно необходимо и тождество объектовъ. Если во всѣхъ элементахъ своихъ спорныя отношенія совпадаютъ, но объекты ихъ различны—о тождествѣ не можетъ быть и рѣчи; напр. споръ о правѣ А на сервитутъ iter въ имѣніи Б и споръ о правѣ А на сервитутъ actus въ томъ же имѣніи не тождественны: въ первомъ рѣчь идетъ о возможности проходить по имѣнію, во второмъ—о возможности гнать скотъ; или споръ о правѣ А на пожизненное, въ силу завѣщанія Б, владѣніе имѣніемъ и споръ о правѣ собственности А на имѣніе въ силу завѣщанія Б; въ первомъ рѣчь идетъ о возможности владѣть и пользоваться, во второмъ— владѣть, пользоваться и распоряжаться и т. д.

### *3. Тождество юридической связи между субъектомъ и объектомъ спорнаго отношенія.*

Субъектъ и объектъ еще далеко не полно характеризуютъ спорное отношеніе. Эти элементы суть болѣе фактическіе, чѣмъ юридическіе; вполнѣ юридическое значеніе они получаютъ благодаря звену, связывающему ихъ; полная картина юридическаго отношенія получается тогда, когда субъектъ связанъ съ объектомъ, т.-е. дѣйствіемъ, при посредствѣ права или обязанности,—когда

---

[1]) Windscheid н. с. т. 2 стр. 645—648.

*лицо* имѣетъ *право* на дѣйствіе или *обязано* дѣйствовать; слѣдовательно, связь эта, звено это есть право и соотвѣтствующая ему обязанность. Въ виду этого и для тождества спорныхъ отношеній необходимо не только тождество субъекта и объекта, но и тождество права и соотвѣтствующей ему обязанности.

Спрашивается, благодаря индивидуализаціи какихъ признаковъ индивидуализируются права и соотвѣтствующія имъ обязанности? Такихъ признаковъ можетъ быть только два: основаніе возникновенія права и вещественный субстратъ права. Только при тождествѣ этихъ двухъ признаковъ права можно считать тождественными.

а) *Тождество основанія возникновенія права.* Подъ основаніемъ возникновенія права понимается тотъ фактъ, которому юридическій порядокъ придаетъ провопроизводящее значеніе напр., договоръ, завѣщаніе, веденіе чужихъ дѣлъ безъ полномочія, порча чужой вещи и т. д. Эти основанія возникновенія въ области обязательственныхъ отношеній имѣютъ особенное значеніе. Тамъ они видоизмѣняютъ объектъ отношенія, а тѣмъ самымъ и самое отношеніе; различныя основанія возникновенія вызываютъ, благодаря измѣненію объекта, различныя по существу своему правоотношенія; вещное же право остается по объекту своему тѣмъ же, въ чемъ бы не заключалось основаніе ихъ возникновенія: основаніе возникновенія не вліяетъ на объектъ. Въ обязательственныхъ правахъ этого быть не можетъ—тамъ: сколько основаній возникновенія, столько отдѣльныхъ объектовъ; каждое новое основаніе порождаетъ новый объектъ. Фёрстеръ въ этомъ смыслѣ совершенно вѣрно говоритъ, что существо (Wesen) — по нашему просто объектъ — обязательства зависитъ отъ основанія его возникновенія: сколько основаній возникновенія, различныхъ по объекту, а слѣдовательно и вообще, столько и обязательствъ [1]). Для тождества обязательственныхъ отношеній, необходимо тождество основаній возникновенія уже въ силу того, что объектъ этихъ отношеній — этотъ несомнѣнный и необходимый элементъ—всегда будетъ различенъ при различіи основаній возникновенія, и слѣдовательно, различіе двухъ элементовъ воспрепятствуетъ признать отношенія тождественными. Если, какъ сказано было выше, для тождества спорныхъ отношеній необходимо тождество объекта, а въ обязательственныхъ отношеніяхъ объектъ находится въ зависимости отъ основанія возникновенія, то для тождества обязательствъ необходимо и тождество основаній возникновенія. Не то въ вещныхъ правахъ. При различіи основаній возникновенія вещныхъ правъ, объекты правъ могутъ быть тождественны напр. въ спорѣ о правѣ собственности, основанномъ на куплѣ-продажѣ и въ спорѣ о правѣ собственности, основанномъ на дареніи, объекты тождественны, а основанія различны. Но нельзя смѣшивать два слѣдующихъ вопроса: вопросъ о значеніи основанія возникновенія права для объекта его и вопросъ объ индивидуализаціи права, независимо отъ объекта, въ силу индивидуализаціи основанія возникновенія права. Одни отношенія могутъ индивидуализироваться благодаря тому, что основанія возникновенія сами непосредственно индивидуализируютъ права, другія — индивидуализируются черезъ посредство ихъ объекта, т.-е. различіе въ основаніи возникновенія вызываетъ различіе въ объектѣ, а это послѣднее вызываетъ различіе въ самомъ правѣ. Но это не мѣшаетъ сказать, что всегда, и въ томъ и другомъ случаѣ, когда основанія возникновенія права различны и права различны; и это одинаково во всѣхъ правахъ, какъ обязательственныхъ, такъ и вещныхъ. Право собственности А. на вещь X. въ силу завѣщанія и право собственности въ силу договора купли, хотя по объекту совершенно одинаковыя права—А. можетъ и въ томъ и другомъ случаѣ дѣлать съ вещью все, что предоставляется собственнику (съ этой

---

[1]) Förster, н. с. т. I, стр. 287.

объективной стороны можно сказать, что право собственности остается одно и то же, как бы различны ни были его основанія), но тѣмъ не менѣе это не тождественныя права, не тѣ же, такъ сказать, индивиды; споръ о правѣ собственности, основанномъ на завѣщаніи и споръ о правѣ собственности, основанномъ на куплѣ различные споры; точно также право (или споръ о немъ) на полученіе 100 по завѣщанію и право (или споръ о немъ) на полученіе 100 по договору не тождественны.

Все различіе между обязательственными и вещными правами въ этомъ случаѣ заключается въ томъ, что всегда при различіи основаній возникновенія обязательственныхъ правъ и объекты ихъ различны, а при различіи основаній возникновенія вещныхъ правъ, это различіе объектовъ вовсе не необходимо—они могутъ быть тождественны. Иначе говоря, обязательственныя права индивидуализируются посредственно, вещныя непосредственно; въ первыхъ чрезъ измѣненіе основанія измѣняется объектъ, а затѣмъ самое право, во вторыхъ—самое право, помимо объекта.

Указанные выше два вопроса, однако, смѣшиваются тѣми учеными, которые полагаютъ, что основаніе возникновенія индивидуализируетъ только обязательственное право, что въ вещныхъ правахъ оно никакого значенія не имѣетъ, и слѣдовательно, споры объ одномъ и томъ же вещномъ правѣ, вытекающемъ изъ разныхъ основаній, будутъ тождественны [1]). Главный аргументъ ихъ заключается въ томъ, что вещное право, напр., право собственности, будетъ все тѣмъ же правомъ, изъ какого бы основанія оно ни возникло. Но изъ этого аргумента можно вывести только одно заключеніе, что для *объекта* вещнаго права, т.-е. тѣхъ дѣйствій, на которыя оно управомочиваетъ, основаніе возникновенія совершенно безразлично,—оно по объекту остается тѣмъ же. Но для *индивидуализаціи* вещнаго права основаніе его возникновенія далеко не безразлично. Хотя два права собственности, какъ предметы двухъ споровъ, вытекаютъ изъ различныхъ основаній и даютъ собственнику право на одинаковыя дѣйствія, но тѣмъ не менѣе это два индивида, два различныхъ права, какъ предметы спора. Можно выставить одно общее положеніе: сколько основаній возникновенія, столько и правъ. Выставляя это положеніе, мы стоимъ на почвѣ современныхъ законодательствъ и господствующаго мнѣнія, требующихъ, чтобы, при передачѣ спора на разсмотрѣніе суда, основаніе возникновенія всякаго, а слѣдовательно и вещнаго, права было въ точности обозначено [2]), чтобы causa было expressa seu adjecta. Ученые, полагающіе, что вещныя права не индивидуализируются по основаніямъ возникновенія, стоятъ на почвѣ римскаго права, признающаго это положеніе какъ общее правило [3]) и не допускающаго изъ него исключенія въ томъ случаѣ, когда causa иска является expressa seu adjecta. По ихъ мнѣнію. напримѣръ, искъ о правѣ собственности могъ быть предъявленъ безъ указанія causa, и тогда исключалась exceptio rei judicatae въ случаѣ повторенія иска; но истецъ при предъявленіи иска могъ указать основаніе возникновеніе своего права; тогда иску объ этомъ же правѣ, вытекающемъ изъ того же основанія, могла быть противупоставляема exc. rei judicatae. Но и это мнѣніе талантливо защищаемое Савиньи [4]), нельзя признать единственнымъ. Такъ напр., Пухта [5])

---

[1]) Savigny н. с. VI стр. 454, Unger н. с. т. II стр. 659—661. Wetzel н с. стр. 585 Миловидовъ н. с. стр. 36—42. Малышевъ н. с. т. III стр. 439 и др.

[2]) Förster н. с. II стр. 288 (Пруссія), Unger н. с. II стр. 661 (Австрія), Wächter н. с. т. II стр. 446 (Вюртембергъ), Duncker н. с. стр. 70 (Гессенъ) и др.

[3]) Paulus въ L. 14 § 2 D. de except, rei jud. 44, 2.

[4]) Savigny-Causa adjecta s. expressa въ прилож. къ VI т. н. с. стр. 514—535. За и еще до него: Wächter н. с. т. 2, стр. 445.

[5]) Puchta въ Rhein. Museum, 1828. B. 3. s. 483 и сл.

полагаетъ, что по римскому праву признавалось упомянутое общее правило безъ всякихъ исключеній; но мнѣніе это построено на чрезвычайно скудныхъ и отрывочныхъ данныхъ римскаго права [1]). Взглядъ Савиньи вѣрнѣе, но тѣмъ не менѣе для современнаго права не пригоденъ, ибо нынѣ causa всегда должна быть expressa. Несомнѣнно, что благодаря именно этому взгляду или вѣрнѣе, взгляду римскихъ юристовъ, сложилось мнѣніе, что causa для индивидуализаціи вещныхъ правъ значенія не имѣетъ.

Еще одинъ вопросъ этого ученія не можетъ быть нами обойденъ. Выше мы имѣли случай сказать, что нѣкоторые ученые, напр. Ветцель [2]), Малышевъ [3]), говорятъ не о тождествѣ спорныхъ отношеній, а о тождествѣ иска, и однимъ изъ условій его выставляютъ тождество основанія его, т.-е. основанія возникновенія права [4]). Но перенося вопросъ на почву *иска*, ученые эти останавливаются не только на активномъ, но и пассивномъ основаніи. Воззрѣніе ихъ на активное основаніе иска мы уже знаемъ, а потому остановимся только на вопросѣ: какое значеніе они придаютъ пассивному основанію. Подъ пассивнымъ основаніемъ ученые разумѣютъ правонарушительные факты. По мнѣнію Ветцеля вещные иски индивидуализируются благодаря каждому новому нарушенію вещнаго права. Каждое новое нарушеніе вызываетъ новый вещный искъ; эти иски различны; различіе же это, какъ видно, Ветцель понимаетъ въ томъ смыслѣ, что, несмотря на тождество во всѣхъ элементахъ двухъ исковъ, вызванныхъ двумя, одинъ за другимъ послѣдовавшими, нарушеніями, иски эти все-таки не тождественны. Съ этимъ согласиться нельзя. Если бы каждое нарушеніе и вызывало новый искъ, то вопросъ о тождественности его съ первымъ далеко не предрѣшается. Всякому иску предшествуетъ нарушеніе права, но не всякое нарушеніе вызываетъ новый искъ—иска можетъ и не быть: встрѣчаются такіе случаи, когда два тождественныхъ иска разсматриваются, какъ будто бы это два различныхъ иска и изъ этого различія ихъ выводятъ и извѣстныя послѣдствія, напр., что второй искъ подлежитъ новому разсмотрѣнію, хотя бы первый уже былъ разсмотрѣнъ. Но всматриваясь въ эти случаи, мы видимъ, что послѣдствія эти выводятся не изъ того, что сравниваемые иски не тождественны, а изъ того, оказывается, что одинъ изъ исковъ вовсе не былъ еще искомъ, потому что у него недоставало повода, пассивнаго его основанія,—не было нарушенія, изъ котораго возникъ бы искъ. Возьмемъ напр., искъ по поводу нарушенія сервитута; искъ, положимъ, признанъ судомъ основательнымъ; отвѣтчикъ дня два-три не мѣшаетъ истцу пользоваться сервитутомъ, а затѣмъ опять препятствуетъ. Истецъ, казалось бы, можетъ вновь обратиться къ суду, несмотря на то, что иски тождественны. Однако, это не такъ. Съ нарушителя, въ этомъ случаѣ, или взыскивается пеня договорная т.-е. къ нему предъявляется личный искъ, или налагается судомъ пеня въ силу закона. Такое вторичное нарушеніе является слѣдовательно поводомъ не новаго иска о сервитутѣ, а или иска о наложеніи пени за нарушеніе, или принятіи судомъ извѣстной понудптеньной мѣры. Если ни того, ни другаго сдѣлать нельзя, то значитъ сервитутное право вообще не охранено искомъ и слѣдов. не признается правомъ. Возьмемъ дру-

---

[1]) Клейншродъ полагаетъ, что и въ современномъ правѣ основаніе возникновенія не индивидуализируетъ вещныхъ правъ. Положеніе это онъ выводитъ изъ принципа эвентуальности Kleinschrod-Processualische Consumption und Rechtskraft Leipzig. 1875, S. 204 и сл.

[2]) Wetzell n. c. 582.

[3]) Малышевъ н. с. т. I стр. 439 и сл.

[4]) Нельзя не указать на противорѣчіе, въ которое впадаетъ Ветцель; то онъ считаетъ активнымъ основаніемъ иска правопроизводящіе факты, то самое право или обязанность н. с. стр. 150 и 585.

гой случай, который приведенъ Ветцелемъ. Случай этотъ разсмотрѣнъ Гаемъ. Гай говоритъ: Si rem meam a te petiero, tu autem idio fueris absolutus, quod probaveris, sine dolo malo te desiisse possidere, deinde postea coeperis possidere, et ego a te petam non nocebit mihi exceptio rei judicatae [1]). Ветцель изъ того, что отвѣтчикъ postea coeperit possidere т.-е. совершаетъ вторичное нарушеніе, выводитъ, что вторая rei vendicatio (такъ какъ истцу non nocebit exc. rei jud.) не тождественна съ первою. Такъ ли это? Намъ кажется, что exc. res judicatae не дается отвѣтчику, (т.-е. нѣтъ тождества), потому что перваго иска вовсе не было, не было потому, что не было нарушенія, годнаго стать основаніемъ иска. Въ римскомъ правѣ поводомъ rei vendicatio было удержаніе владѣнія; предъявлялась она только къ владѣльцу вещи ея собственникомъ; цѣль ея прежде всего заключалась въ выдачѣ вещи [2]). Въ случаѣ, приведенномъ Гаемъ, отвѣтчикъ fuerit absolutus, какъ не владѣлецъ; иначе: судъ призналъ, ччо перваго иска юридически вовсе не существовало, что не было повода, нарушенія.—Вотъ почему мы думаемъ, что пассивное основаніе иска не можетъ индивидуализировать его. Г. Малышевъ [3]), который въ вопросѣ о тождествѣ примыкаетъ къ Ветцелю, тоже говоритъ о пассивномъ основаніи иска; но Ветцелю нужно было говорить объ этомъ основаніи: разсмотрѣвъ вопросъ, въ какой мѣрѣ для тождества спорныхъ отношеній необходимо тождество активныхъ основаній, онъ переходитъ къ вопросу о пассивномъ основаніи. Г. Малышеву вовсе не было и надобности говорить о послѣднемъ. Онъ не требуетъ тождества пассивнаго основанія, а высказываетъ лишь ту вѣрную мысль, что нельзя говорить о тождествѣ двухъ исковъ, изъ коихъ одинъ имѣется въ наличности, а другаго юридически вовсе не существуетъ по причинѣ отсутствія повода, нарушенія, напр., о тождествѣ иска по обязательству до наступленія срока и иска по тому же обязательству по просрочкѣ.

б. *Тождество вещественнаго субстрата права.* Выше мы уже сказали, что нѣкоторые ученые признаютъ объектомъ права вещи, т.-е. части внѣшней природы, подлежащія мѣновому обороту. Ошибочность этого воззрѣнія очевидна. Строго, юридически, логически, говоря, нельзя имѣть право на вещь—можно имѣть только право на извѣстныя дѣйствія, свои или чужыя, по поводу вещи, по отношенію къ вещному праву, на дѣйствіе, связанное съ вещью и существующее только въ виду и при наличности вещи; иначе говоря: вещь можетъ быть только видимымъ, реальнымъ субстратомъ права. Многіе ученые сознаютъ неудобство признанія вещи объектомъ права и потому различаютъ, какъ было показано выше, юридическій объектъ отъ внѣшняго объекта. Противъ этого можно возразить то же, что мы сказали относительно мнѣнія, по которому объектомъ права признается и вещи, и дѣйствія. Вещи и дѣйствія не суть двѣ логическія категоріи одного понятія, ибо можетъ быть право на дѣйствіе и на вещь въ одно время, т.-е. два объекта. Вещь, какъ и проговариваются иногда защитники упомянутаго взгляда, есть реальный субстратъ нѣкоторыхъ правъ. Какъ субстратъ права, вещь тѣснѣйшимъ образомъ связана съ правомъ и индивидуализируетъ его. Права и правоотношенія, тождественныя по субъекту, объекту и основанію возникновенія, но имѣющія разные вещественные субстраты не могутъ быть правами или отношеніями тождественными. Право собственности на имѣніе X, основанное на давности, и то же право, основанное на давности же, на имѣніе У, суть разныя права. Это правило,—утверждаемъ мы вопреки господствующему мнѣнію,—имѣетъ безусловное зна-

---

[1]) Gajus, въ L. 17. D. de except. rei jud. 44. 2.

[2]) Arndts, н. с. стр. 253—254.

[3]) Малышевъ, н. с. т. I, стр. 440.

ченіе, и никакихъ исключеній тутъ нѣтъ и быть не можетъ. Не таково господствующее мнѣніе [1]). По этому мнѣнію исключеніями являются всѣ тѣ случаи, когда права, или спорныя по поводу ихъ отношенія, тождественны, несмотря на то, что вещи различны; сюда, въ частности, относятся всѣ тѣ случаи, когда одна вещь есть часть другой. Указываютъ на такіе случаи, когда права, тождественныя по всѣмъ признакамъ, кромѣ объектовъ, т.-е. субстрата, считаются тождественными, напр., истецъ предъявляетъ искъ на цѣлое; ему отказываютъ и онъ не можетъ вновь предъявить иска о части, въ виду тождества перваго иска со вторымъ; или, напр., истцу отказывать въ части, немыслимой безъ цѣлаго; онъ не можетъ предъявить иска о цѣломъ и т. п. Точно ли въ этихъ и подобныхъ искахъ нѣтъ тождества вещественнаго субстрата? Мы сомнѣваемся въ этомъ потому же, почему сомнѣвались въ отсутствіи тождества между различными лицами, индивидами. И тутъ, какъ и тамъ, мы должны имѣть въ виду не реальное, фактическое, а юридическое тождество. Унгеръ совершенно вѣрно замѣчаетъ, что различіе субстратовъ здѣсь лишь кажущееся (löst sich in blossen Schein auf) [2]). Дѣло въ томъ, что можно имѣть одно и то же право на различныя вещи, но между вещами этими можетъ быть различное соотношеніе, и, между прочимъ, такое, что судъ, рѣшая споръ о правѣ на одну вещь, рѣшаетъ о правѣ на другую. И къ юридической формулировкѣ этого случая можно примѣнить ту мысль, что и здѣсь, какъ и въ вопросѣ о субъектахъ, одна вещь, о которой судъ рѣшаетъ, *представляетъ* другую, стоящую внѣ процесса. Словомъ, и здѣсь примѣнимо понятіе представительства, хотя примѣненіе это нельзя считать строго научнымъ, а болѣе фигуральнымъ. Стремленіе къ олицетвореніямъ, какъ говоритъ Виндшейдъ, присуще человѣку. Это представительство и выражается въ томъ, что данная вещь, стоящая внѣ даннаго процесса, почитается стоящею въ томъ процессѣ; рѣчь идетъ не о ней, а о другой вещи, а предполагается, что рѣчь идетъ именно о ней. Подобно тому, какъ представитель и представляемый юридически тождественныя лица, такъ и вещи, представляемая и представляющая, тождественны: процессуальные акты, вліяющіе на вещь представляющую, оказываютъ то же вліяніе на вещь представляемую. Предполагается, что послѣдняя подлежитъ этому вліянію непосредственно. Видимое, реальное различіе этихъ вещей оказывается тождествомъ, но не реальнымъ, а юридическимъ; напр., судъ рѣшилъ объ одной вещи, рѣшеніе его вліяетъ на другую вещь, какъ будто бы онъ рѣшалъ о ней; судъ принялъ къ разсмотрѣнію искъ о данной вещи, предполагается, что онъ принялъ искъ и о другой вещи; истецъ обязанъ не предъявлять иска объ одной вещи, предполагается, что онъ обязанъ не предъявлять иска и о другой и т. д. Это-то представительство вещей мы и видимъ въ случаяхъ, когда рѣчь идетъ о цѣлой вещи и о части, иначе говоря, соотношеніе цѣлой вещи и ея части даетъ основаніе этому представительству или тождеству. И цѣлая вещь, какъ субстратъ спорнаго права, представляетъ часть, стоящую внѣ спора. Такое представительство или тождество субстратовъ имѣетъ мѣсто тогда, когда право на цѣлую вещь и право на часть находятся въ причинной связи (Causalnexus), когда право на цѣлое обусловливаетъ право на часть. Право на цѣлое предполагаетъ и право на всѣ части и на каждую часть его, если только эти части дѣйствительно являются таковыми; такъ, право на 100 обусловливаетъ право на пять, право на вещь обусловливаетъ право на всѣ принадлежности и приращенія, естественныя и юридическія, право на рядъ періодическихъ пла-

---

[1]) Unger—н. с. т. II, стр. 684. Savigny н. с. т. VI, стр. 444 см. у нихъ литературу вопроса.

[2]) Unger н. с. т. II стр. 655

тежей обусловливаетъ право на отдѣльный платежъ. Тутъ 100, вещь, рядъ платежей, находящіеся въ спорѣ, *представляютъ* 5, принадлежности и приращенія и единичный періодическій платежъ, стоящіе пока внѣ спора, и разсматриваются, какъ субстраты тождественные [1]). По мнѣнію всѣхъ ученыхъ, писавшихъ объ этомъ вопросѣ, и право на часть иногда обусловливаетъ право на цѣлое. Это имѣетъ мѣсто тогда, когда право на большее не возможно, не мыслимо безъ права на меньшее. Приводится довольно избитый примѣръ, указанный римскимъ юристомъ Африканомъ [2]) о 10-футовой стѣнѣ: отсутствіе права воздвигнуть стѣну въ 10 футовъ указываетъ на отсутствіе права воздвигнуть стѣну въ 15 ф. [3]). Примѣръ совершенно вѣрный. Но если имѣть въ виду мысль Виндшейна, что не слѣдуетъ смѣшивать цѣлое и часть съ большимъ и меньшимъ [4]) и что понятія большаго и меньшаго не должны быть понимаемы чисто физически, реально, а логически, то придется сказать: когда рѣчь идетъ объ *отсутствіи* права воздвигнуть стѣну, то 10 футовъ высоты есть максимумъ, а не минимумъ, есть большее, а не меньшее. Далѣе, указываютъ на случаи, такъ называемой преюдиціи, т. е. когда при рѣшеніи вопроса о правѣ на часть, какъ преюдиціальный, рѣшается вопросъ о цѣломъ. Такъ, напр., право на отдѣльную вещь, входящую въ составъ наслѣдства, обусловливаетъ право на все наслѣдство, ибо и первое право обусловливаетъ второе. Выходитъ, слѣдовательно, что если судъ призналъ право на отдѣльную часть наслѣдства, то онъ тѣмъ призналъ право на все наслѣдство. Говоря это, ученые, слѣдовательно, полагаютъ, что, напр., рѣшеніе суда, постановленное по праву на отдѣльную вещь, распространяетъ свою силу и на все наслѣдство: вопросъ о правѣ на наслѣдство предполагается навсегда разрѣшеннымъ. Это противно совершенно вѣрному господствующему мнѣнію, что данное рѣшеніе не распространяетъ своей силы на факты, обосновывающіе искъ [5]); такимъ фактомъ и является наслѣдованіе всего имущества; судъ рѣшаетъ вопросъ о немъ только по отношенію къ данному праву на отдѣльную часть; рѣшеніемъ этимъ еще не признается наслѣдственное право разъ навсегда. Если бы это было такъ, то, конечно, можно бы было сказать, что право на часть наслѣдства обусловливаетъ право на все наслѣдство. Такъ что только право въ цѣлое обусловливаетъ собою право на часть, и, слѣдовательно, субстратъ спорнаго права представляетъ субстратъ части, находящейся внѣ спора, и, слѣдовательно, юридически тождественъ съ нею.

Ветцель указываетъ еще на одинъ случай, когда выставленное нами общее положеніе претерпѣваетъ исключеніе, т.-е. случай, когда спорныя отношенія тождественны, несмотря на то, что субстраты спорныхъ правъ различны, а именно, на альтернативное обязательство съ правомъ выбора вѣрителя [6]). Но это едва-ли основательно. Вещественнымъ субстратомъ альтернативнаго права, съ выборомъ вѣрителя, являются всѣ вещи, на альтернативное доставленіе коихъ вѣритель имѣетъ право — лишь соотношеніе ихъ между собою своеобразно; ихъ хотя и можетъ быть много, но юридически это одна вещь. Своеобразность эта и придаетъ альтернативнымъ обязательствамъ особенный характеръ, а именно: еще до возникновенія спорнаго отношенія субстраты альтернативнаго права признаются, по соглашенію сторонъ, тождественными.

---

[1]) Всѣ эти примѣры приводятся учеными примѣнительно къ вопросу о силѣ судебнаго рѣшенія.

[2]) L. 26 D. de rei jud. 44. 2.

[3]) Unger т. II стр. 656. Анненковъ н. с. т. IV стр. 278.

[4]) Виндшейдъ н. с. т. 1 стр. 336.

[5]) Миловидовъ н. с. стр 20.

[6]) Wetzel—н. с. стр. 581.

То, чего нѣтъ въ дѣйствительности, создается фиктивно, существуетъ юридически. Это юридическое тождество субстрата сохраняется и послѣ того, какъ альтернативное обязательственное право стало спорнымъ.

Итакъ, для тождества спорнаго отношенія необходимо: тождество субъектовъ, тождество объектовъ и тождество юридической связи субъекта съ объектомъ; послѣднее имѣется при тождествѣ основанія возникновенія права и его вещественнаго субстрата.

## II. Случаи, когда можетъ возникнуть вопросъ о тождествѣ спорнаго отношенія.

Мы уже знаемъ различіе между внѣшнимъ и внутреннимъ тождествомъ спорныхъ отношеній. Отсутствіе внѣшняго тождества необходимо для возникновенія процессуальнаго отношенія, а сохраненіе внутренняго тождества—для дальнѣйшаго существованія этого отношенія. Сообразно съ этимъ и случаи, когда возникаетъ вопросъ о тождествѣ спорныхъ отношеній, раздѣляются на двѣ категоріи.

А. *Случаи, когда можетъ возникнуть вопросъ о наличности внѣшняго тождества спорнаго отношенія.*

Эти случаи въ свою очередь распадаются на три категоріи, а именно: а) когда на разрѣшеніе даннаго суда предложено спорное отношеніе, *подлежащее* по соглашенію сторонъ *разсмотрѣнію* другого суда; б) когда на разрѣшеніе даннаго суда предложено спорное отношеніе уже *находящееся на разрѣшеніи* другого суда; в) когда на разрѣшеніе даннаго суда предложено спорное отношеніе, уже *разрѣшенное* судомъ. Въ виду того, что всѣ современныя законодательства признаютъ гражданскій судъ двухъ родовъ: государственный и третейскій, каждый изъ этихъ случаевъ нѣсколько видоизмѣняется въ частностяхъ, смотря потому, на разрѣшеніе котораго изъ этихъ судовъ спорное отношеніе, предложено, на разрѣшеніи котораго уже находится и которымъ изъ нихъ разрѣшено. И мы, при разсмотрѣніи каждаго изъ этихъ случаевъ, будетъ имѣть въ виду четыре возможныя комбинаціи каждаго изъ нихъ.

*а) На разрѣшеніе даннаго суда предложено спорное отношеніе, подлежащее по соглашенію сторонъ разрѣшенію другого суда.*

Сюда относятся слѣдующіе случаи:

*аа) На разрѣшеніе государственнаго суда предложено спорное отношеніе, подлежащее по соглашенію сторонъ разрѣшенію другого государственнаго же суда.*

Насколько вообще произвольность, автономія частнаго лица въ сферѣ гражданскаго права ограничивается соображеніями juris publici, настолько и возможность заключенія пророгаціоннаго договора обусловливается взглядомъ на тѣ и другія правила подсудности или компетенціи судебныхъ учрежденій. Въ этихъ взглядахъ, обусловливающихъ собою степень допустимости соглашеній, отмѣняющихъ правила подсудности, замѣчается не малое разнообразіе, какъ въ наукѣ, такъ и въ законодательствахъ. Что касается мнѣній, высказываемыхъ въ литературѣ противъ допустимости соглашеній относительно подсудности, то, ученые высказывающіе ихъ, сначала излагаютъ тѣ соображенія, въ силу которыхъ пророгація не должна быть допускаема, но въ концѣ концовъ приходятъ къ допустимости ея. Такъ Фиттингъ [1]) полагаетъ, что въ виду того, что суды являются органами государства, только само государство можетъ опредѣлить область ихъ дѣятельности и разграничивать ихъ права и обязанности; немыслимо, по его мнѣнію, чтобы компетенція, не признанная за судомъ со стороны государства, могла быть ему предоставлена тяжущимися;

---

[1]) Fitting въ Archiv f. die civil. Praxis 1839. B. II. S. 222 и слѣд. 252.

это значило бы ставить въ области публичнаго права власть частнаго лица выше власти государства. Но какъ оказывается, Фиттингъ далекъ отъ того, чтобы не допускать pactum de prorogando; онъ полагаетъ лишь, что договоръ этотъ имѣетъ цѣлью не установленіе подсудности, что это для частнаго лица невозможно; по его мнѣнію, каждый судъ компетентенъ разрѣшать каждый искъ, но въ нѣкоторыхъ случаяхъ допускается исключеніе, а именно, отвѣтчику предоставляется уклониться отъ вступленія въ процессъ въ судѣ, который самъ по себѣ компетентенъ въ разрѣшеніи даннаго спора. Выходитъ, что пророгаціонный договоръ есть договоръ въ силу котораго отвѣтчикъ заранѣе уклоняется отъ вступленія въ процессъ въ судѣ, самомъ по себѣ компетентномъ. Изъ этого видно, что Фиттингъ далекъ отъ того, чтобы отрицать пророгацію. Другой процесуалистъ, Эндеманъ [1]), полагаетъ, что съ современной точки зрѣнія на судебную власть, какъ на власть государственную, опредѣленіе компетенціи судебныхъ органовъ есть дѣло самого государства; нормы, опредѣляющія компетенцію судовъ — нормы безусловно обязательныя. Чѣмъ прочнѣе судебная власть организована, тѣмъ болѣе съуживается власть частной воли. Когда-то эта воля была равноправна съ опредѣленіями закона, нынѣ же область ея доведена до возможнаго минимума. Она признается (besteht), ибо лишить ея всякаго значенія *невозможно* (da sie niemals ganzund-gar auszuschlissen ist); разграниченіе области дѣятельности судебныхъ учрежденій и компетенціи ихъ существуетъ не ради самого государства, а ради „публики" (Publicum). Пророгація возможна, она есть исключеніе изъ общаго правила.

Какъ положительная, такъ и отрицательная часть обоихъ мнѣній едва-ли выдерживаетъ критику. Если опредѣленіе компетенціи судебныхъ учрежденій есть исключительно дѣло государства, если нормы, опредѣляющія ее, суть нормы публичнаго права, въ смыслѣ безусловно обязательныхъ для гражданъ, то никакихъ исключеній тутъ быть не можетъ: aut—aut... Никогда частное лицо не можетъ имѣть права, которое принадлежитъ государству; въ этомъ случаѣ оно перестаетъ быть частнымъ лицомъ, а становится или представителемъ государства, или временнымъ осуществителемъ его права (напр., откупщикъ податей); частное лицо не можетъ облечь частное-же лицо тѣмъ, чѣмъ государство его не облекаетъ; государство можетъ облечь этою властью лицо или въ видѣ передачи государственной, напр., судейской должности или ad hoc, на отдѣльный случай: оно можетъ облечь лицо этою властью, или, ex officio, или по иниціативѣ другого частнаго лица. И въ послѣднемъ случаѣ власть эту судья, назначенный ad hoc, по иниціативѣ частнаго лица, черпаетъ не отъ частнаго лица, а отъ государства. То-же самое и въ томъ случаѣ, когда власть даннаго органа суда расширяется по иниціативѣ частнаго лица; тутъ придатокъ къ власти, ему присвоенной, судъ черпаетъ не отъ частнаго лица, а отъ государства: государство опредѣляетъ при какихъ условіяхъ это расширеніе возможно. О произволѣ частнаго лица въ дѣлѣ расширенія компетенціи не можетъ быть и рѣчи—располагать можно тѣмъ, что имѣешь, а судебной власти частное лицо не имѣетъ. Въ опредѣленіи же этихъ условій государство совершенно свободно и руководится единственно тѣмъ, что согласно съ публичнымъ интересомъ; этому интересу нисколько не противорѣчитъ предоставленіе волѣ двухъ лицъ, частные интересы коихъ совершенно противоположны, быть иниціаторами расширенія ad hoc компетенціи того или другого изъ органовъ служебной власти; [2]) такъ что, въ сущности,

---

[1]) Endeman, н. с. стр. 232.

[2]) Renaud-Zur Lehre von der gerichtl. Zuständigkeit въ Zeitchr. fur d. Civilprocess 1882. H. 1 S. 3.

само государство расширяетъ компетенцію судебныхъ учрежденій и указываетъ, когда частное лицо можетъ быть иниціаторомъ этого расширенія; но условія, при наличности которыхъ государство, допуская иниціативу частнаго лица, расширяетъ компетенцію суда, различны, смотря потому, въ чемъ государство видитъ и въ чемъ не видитъ нарушенія utilitatis rei publicae. Государство можетъ признать такое расширеніе, безъ ограниченія ея тѣмъ или другимъ родомъ дѣлъ или можетъ указать, что дѣла такого-то рода не могутъ относиться къ компетенціи другихъ судовъ, кромѣ указанныхъ—рѣшающимъ тутъ является публичный интересъ. Единственно вѣрнымъ воззрѣніемъ на эти условія представляется намъ то, котораго придерживаются многіе изъ современныхъ процессуалистовъ (хотя французскіе и наши подъ вліяніемъ своихъ кодексовъ [1]). Они имѣютъ въ виду дѣленіе компетенціи на субъективную и объективную, компетенцію ratione personae и ratione materiae, т.-е. обязанность суда принимать къ своему разсмотрѣнію дѣла, входящія въ предѣлы его вѣдомства, въ отличіе отъ дѣлъ, входящихъ въ предѣлы вѣдомства другого, однороднаго съ нимъ суда, и таковая же обязанность относительно дѣлъ, входящихъ въ предѣлы его вѣдомства, въ отличіе отъ дѣлъ, входящихъ въ предѣлы вѣдомства другого, разнороднаго, по отношенію къ нему, суда. По волѣ частнаго лица допускается лишь расширеніе первой обязанности, но не второй. Компетенція ratione materiae расширена быть не можетъ, ибо она есть juris publici. И дѣйствительно, разграниченіе предѣловъ вѣдомства разнородныхъ судовъ связано съ интересомъ государственнымъ: наилучшимъ отправленіемъ правосудія, наилучшимъ достиженіемъ справедливости. Отъ рода дѣлъ, входящихъ въ компетенцію судебныхъ учрежденій, зависитъ самая организація ихъ. Государство, признавая извѣстный типъ судовъ пригоднымъ для дѣлъ даннаго рода и приспособляя тотъ или другой типъ къ извѣстнымъ дѣламъ, тѣмъ самымъ прямо заявляетъ, что для дѣлъ иного рода этотъ типъ не пригоденъ, и не пригоденъ абсолютно. Въ виду мелкихъ дѣлъ, подсудныхъ судамъ даннаго типа, отъ судей, напр., не требуется юридическаго образованія: разборъ именно такихъ мелкихъ дѣлъ государство и считаетъ возможнымъ поручить этимъ судамъ—крупныя дѣла требуютъ судовъ, состоящихъ изъ судей юристовъ и т. п. Понятное дѣло, что передача крупнаго дѣла на разсмотрѣніе суда изъ судей не юристовъ повредитъ дѣлу правосудія. Совсѣмъ иное дѣло компетенція ratione personae—при разграниченіи области дѣятельности однородныхъ судовъ законъ имѣетъ дѣло съ судами одного типа. Дѣла, совершенно одинаковыя, подсудны всѣмъ судамъ этого типа. Организація каждаго изъ судовъ даннаго типа другъ отъ друга не отличается; потому-то по волѣ частнаго лица возможно расширеніе субъективной компетенціи суда, т.-е. въ условія расширенія, пророгаціи вносится принадлежность даннаго дѣла къ субъективной компетенціи и надлежащаго (по закону) и пророгированнаго (по договору) суда. Для частныхъ же лицъ можетъ быть и удобнѣе въ томъ или другомъ случаѣ судиться не въ томъ судѣ, въ которомъ слѣдуетъ по закону. Съ этой точки зрѣнія ни о какихъ исключеніяхъ изъ правила не можетъ быть и рѣчи. Но могутъ сдѣлать одно, повидимому непреодолимое, возраженіе. Если это условіе необходимо, то какъ объяснить себѣ существованіе и признаніе закономъ третейскаго суда, которому могутъ быть подсудны всякія дѣла,—но объ этомъ рѣчь впереди. Что, затѣмъ, касается положительной части воззрѣній Фиттинга и Эндемана, то мысль о допустимости пророгаціи, какъ договора, *отмѣняющаго выставленное ими общее правило*, невѣрна уже потому, что такого общаго правила вовсе выставить

---

[1]) Boitard. н. с. т. I, стр. 327 Bonnier н. с. стр. 24 Maurlon н. с. стр. 172 Малышевъ н. с. т. I, стр. 132, 140 Анненковъ н. с. т. III, стр. 8З.

нельзя. Если бы, какъ говоритъ Фиттингъ, каждому суду были подсудны всякаго рода иски, то это 1) обратило бы пророгаціонный договоръ въ общее правило: требовалось бы при начатіи каждаго дѣла заключить такой договоръ,—что было бы крайне затруднительно; 2) это мнимое общее правило есть именно то, чего совершенно основательно законодатель желаетъ избѣжать—онъ опредѣляетъ предѣлы дѣятельности судовъ именно ради того, чтобы не всѣмъ судамъ были подсудны всѣ иски.—Относительно мнѣнія Эндемана надо замѣтить, что въ немъ кроется еще внутреннее противорѣчіе, независимо отъ ошибочности того мнѣнія, что всѣ правила компетенціи устанавливаются ради публики (какъ носителя частнаго интереса); это можно сказать лишь о субъективной компетенціи. Независимо отъ этого, внутреннее противорѣчіе заключается въ слѣдующемъ: если всѣ правила компетенціи установлены для публики, а не для государства, то какъ примирить съ этимъ мысль о государственномъ значеніи этихъ правилъ, заключающемся въ томъ, что самъ законъ ихъ установилъ какъ безусловно обязательныя правила; если бы они существовали для публики, то, конечно, публика и должна бы быть вправѣ ихъ отмѣнять.

Что касается законодательствъ, то всѣ они, по примѣру римскаго права, признаютъ въ той или другой степени законность пророгаціоннаго договора. По римскому праву возможны были соглашенія ut alius praetor, quam cuius jurisdictio esset, jus diceret [1]). По мнѣнію многихъ ученыхъ, напр. Реатца [2]), Рено [3]), подобное соглашеніе само по себѣ не имѣло юридической силы—необходимо было согласіе пророгированнаго претора. Это едва ли вѣрно. Ульпіанъ, на вопросъ о томъ convenire utrum autem inter privatos sufficet, an vero etiam ipsius praetoris consensus necesarius est? отвѣтилъ,—ссылаясь на слѣд. слова Lex Iulia judiciorum: quominus inter privatos conveniat,—sufficit ergo privatorum consensus [4]). Изъ этого видно, что мнѣніе другихъ ученыхъ напр. Франке, [5]) Остерло [6]), что согласія претора не требовалось, вѣрнѣе. Первое мнѣніе, однако, принято многими учеными, причемъ, не только изслѣдователями общегерманскаго процеса, основаннаго на римскомъ правѣ, но и истолкователями современныхъ кодексовъ. Особеннаго практическаго вреда отъ принятія этого мнѣнія произойти не можетъ, если понимать „согласіе“ суда такъ, какъ его понимаетъ напр. Эндеманъ [7]) т.-е. какъ утвержденіе соглашенія сторонъ въ случаѣ законности его; а законнымъ оно будетъ тогда, когда дѣло, по поводу котораго оно состоялось, входитъ въ объективную компетенцію суда. Но совершенно не согласно съ понятіемъ государственной власти, органы которой дѣйствуютъ не по произволу и усмотрѣнію, а по обязанности и по закону—а, слѣдовательно, практически вредно, мнѣніе высказанное Байеромъ [8]) Вахомъ [9]) и др., что изъявленіе судомъ своего согласія на пророгацію зависитъ вполнѣ отъ его усмотрѣнія, отъ его желанія: хочетъ принять дѣло, принимаетъ, не хочетъ—не принимаетъ. Байеръ это право признаетъ и за совре-

---

[1]) L· 18 D. jurisdict. 2. 1.

[2]) Reatz—Die Gerichtsbarkeit der freiwilligen Unterwerfung. Giessen 1859 S. 188.

[3]) Renaud н. с. стр. 98.

[4]) L. 2 § 1 D. de judic. 5. 1.

[5]) Francke-Der gewillkürte Gerichtsstand въ Zeitschr. f. Civilr. und. Procez N. F. B. 2. S. 133.

[6]) Osterloh н. с. стр. 143.

[7]) Endemann н. с. стр. 235.

[8]) Bayer. н. с. стр. 235.

[9]) Wach—Das Princip des gewillkürten Gerichtsstands въ Arch. f. civ. Prax. 1879. B. 62 S. 380.

менным судомъ, и мотивируетъ свое мнѣніе тѣмъ, что нѣтъ основанія налагать на судъ судейскія обязанности внѣ отведеннаго ему круга. Очевидно, ни римское, ни большинство современныхъ государствъ, проводящихъ, во имя общаго блага и прогресса, разграниченіе между jus publicum и jus privatum, не предоставляли и не предоставляютъ органамъ судебной власти дѣйствовать при отправленіи своихъ функцій по капризу. Между тѣмъ, напр. баденское законодательство, нынѣ потерявшее силу, давало, просторъ судейскому усмотрѣнію [1]): судья можетъ принять, но можетъ и не принимать къ разсмотрѣнію дѣло, переданное ему сторонами по взаимному ихъ согласію.

Могутъ замѣтить, что наша аргументація неосновательна: вѣдь допускается третейскій судъ, является же онъ судомъ, а между тѣмъ, отъ лица избраннаго зависитъ принять или не принять званіе судьи? Совершенно вѣрно; но развѣ пророгированный судья то же, что третейскій судья? Пророгированный судья принимаетъ дѣло къ разсмотрѣнію, потому что онъ органъ государства, третейскій же судья становится судьею потому, что принялъ данное дѣло къ разсмотрѣнію. Въ моментъ обращенія къ судьѣ, пророгированный судья уже органъ госудурства и потому не можетъ отказаться отъ разсмотрѣнія дѣла, а третейскій судья въ этотъ моментъ частное лицо, а потому и можетъ отказаться отъ разсмотрѣнія дѣла.

Современныя законодательства, какъ было выше сказано, въ той или другой степени, допускаютъ пророгаціонный договоръ. Австрійскій императорскій патентъ 20 ноября 1852 г. допускаетъ только пророгацію субъективной компетенціи за исключеніемъ дѣлъ о недвижимыхъ имѣніяхъ [2]), причемъ не требуетъ согласія суда [3]). Что касается французскаго права, то по общепринятому, установившемуся мнѣнію (относительно общихъ судебныхъ установленій) стороны могутъ предлагать, въ силу пророгаціоннаго договора, разрѣшеніе ихъ дѣла любому изъ однородныхъ судовъ первой степени, но судья можетъ отказаться отъ разрѣшенія дѣла—il peut, mais il n'est pas oblige de juger, какъ говоритъ Мурлонъ [4]). Прямого указанія, однако, въ самомъ кодексѣ на допустимость пророгаціи въ общихъ судахъ и на это частное право суда не имѣется; первое выводится изъ умолчанія закона и затѣмъ изъ того, что государственный интересъ отъ пророгаціи субъективной компетенціи не страдаетъ; что же касается втораго, т.-е. права пророгированнаго суда принимать или не принимать дѣла, то Мурлонъ выводитъ его a contrario изъ art. 7 C. de pr. c. Эта статья не только предоставляетъ сторонамъ право заключать пророгаціонный договоръ, но и обязываетъ пророгированнаго мироваго судью разрѣшить споръ, съ которымъ стороны къ нему обратились. Въ статьѣ этой говорится, что les parties pourront toujours se presenter volontairement devant un jage de paix,—auquel cas il jugera leur differend... Примѣняя къ толкованію этой статьи правила герменевтики, дѣлая изъ нея предлагаемый Мурлономъ выводъ a contrario, кажется, слѣдовало бы брать за основаніе первое изъ двухъ выписанныхъ положеній и отъ него исходить къ противному, а не отъ втораго изъ нихъ. Если въ спеціальномъ законѣ, каковъ 7 art., говорится, что les parties pourront se presenter devant un juge de paix, то a contrario можно придти лишь къ тому выводу, что les parties ne pourront pas se presenter devant un tribunal d'arrondissement. Кажется, при строго логическомъ толкованіи приходишь къ тому выводу, что по Code de pr. c. пророгація въ общихъ судахъ невозможна. Между тѣмъ, французскіе ученые сами говорятъ,

---

[1]) Bad. Ger. Ord. § 47.

[2]) Kais. Patent v. 20 Nov. 1852 § 47—53.

[3]) Canstein н. с., т. 1, стр. 382—385. Ullman н. с., стр. 37.

[4]) Mourlon н. с., стр. 173. См. также Boitard н. с., т. 1, стр. 329.

что статья эта есть спеціальный законъ и потому не можетъ быть распространяема на общіе суды [1]), однако, все-таки, распространяютъ ее на послѣднихъ, хотя и съ ограниченіями. Вторая часть статьи гласитъ: „мировой судья *обязанъ* разрѣшить споръ", т.-е. подчиниться соглашенію. Мурлонъ отъ нея постулируетъ a contrario, и выводитъ: стороны могутъ обратиться въ общій судъ: но общій судъ *не обязанъ*, но *можетъ* подчиниться соглашенію. Думается, что и эту ошибку французскихъ ученыхъ слѣдуетъ приписать вліянію ошибочнаго мнѣнія истолкователей римскаго права. Новѣйшіе уставы судопроизводства, германскій и нашъ, совершенно свободны отъ упомянутаго предразсудка. Такъ, германскій уставъ 1877 г. кромѣ дѣленія компетенціи на объективную и субъективную, знаетъ еще дѣленіе ея на общую и исключительную, понимая подъ послѣднею компетенцію, исключающую всякую возможность пророгаціи [2]) (случаи, числомъ 13, перечислены въ законѣ). Это-то послѣднее дѣленіе и имѣетъ значеніе для пророгаціоннаго договора: пророгація допускается только относительно дѣлъ, подлежащихъ общей подсудности, хотя бы въ этихъ случаяхъ была расширена объективная компетенція судовъ [3]). Послѣднее положеніе, по вышеизложеннымъ соображеніямъ, очевидно не основательно, ибо допускается отмѣна частною волею постановленій juris publici. Такъ, напр., подсудность исковъ о недвижимомъ имуществѣ тому или другому изъ однородныхъ судовъ опредѣляется мѣстомъ нахожденія имущества, а тому или другому изъ разнородныхъ (амтсгерихту или ландгерихту) стоимостью имущества; только первая подсудность исключительная, такъ что возможенъ пророгаціонный договоръ только относительно второй, т.-е. чтобы искъ о недвижимомъ имуществѣ, цѣною свыше 300 м. былъ предъявленъ въ амтсгерихтъ, конечно по мѣсту нахожденія имущества [4]). Что касается согласія суда на пророгацію, то редакторы прямо въ мотивахъ заявляютъ, что его не требуется [5]). Нашъ уставъ относительно условій допустимости пророгаціи стоитъ на болѣе вѣрной точкѣ зрѣнія, не говоря уже о томъ, что ни о какомъ согласіи суда у насъ не можетъ быть и рѣчи. По уставу пророгаціонный договоръ возможенъ лишь въ отмѣну правилъ субъективной компетенціи, т.-е. тяжущіеся могутъ договориться, чтобы судиться не въ томъ судѣ, въ коемъ слѣдуетъ по закону, а въ другомъ, однородномъ съ нимъ. Ст. 37, 227 и 228 говорятъ о правѣ избрать тотъ или другой „судъ первой степени", „окружный судъ" того или другаго „почетнаго или участковаго мироваго судью". Но изъ этого правила допускаются два исключенія: первое: иски о недвижимомъ имуществѣ—всегда, безусловно, подсудны судамъ мѣста нахожденія имущества; второе—споры между сельскими обывателями—они подсудны или волостному суду или въ случаѣ желанія тяжущихся—мировому [6]). Такова та процессуальная почва, на которой законодательства признаютъ возможнымъ заключеніе пророгаціоннаго договора. Не стану входить въ разсмотрѣніе другихъ условій, общихъ всѣмъ договорамъ [7]). Относительно субъектовъ этого

---

[1]) Boitard н. с., т. 1, стр. 329.

[2]) Wilmowsky und Lewy. Civilprocessordnung mit Kommentar. Berlin, 1883, 3 изд. S. 31.

[3]) Fitting. Der Reichs-Civilprocess. Berlin und Leipzig 1880 (5 изд.) S. 45.

[4]) C. P. Ord. § 25 Ger. Verf. § 23.

[5]) Motive къ ст. 38 (по изд. Höinghaus'a).

[6]) Ст. 31 п. 3,228 уст. гр. с.

[7]) Какъ и всякій другой, прорагаціонный договоръ долженъ быть основанъ на непринужденномъ согласіи сторонъ. Потому то совершенно вѣрно замѣчаетъ г. Гоняевъ (Гражданскій процессъ въ мировомъ судѣ. Елизаветградъ, 1881, стр. 101), что заранѣе отлитографированное въ квитанціи желѣзн. дор. условіе о пророгаціи, недѣйствительно.

договора слѣдуетъ замѣтить, что, кромѣ договорной способности, они должны обладать и процессуальной право—и дѣеспособностью; это понятно само собою — обязанность предъявлять искъ только въ данный судъ предполагаетъ права предъявленія иска вообще. Нѣкоторыя особенности представляетъ вопросъ о формѣ. Лишь во французскомъ кодексѣ мы находимъ требованіе письменной формы [1]). Умолчаніе объ этомъ остальныхъ законодательствъ даетъ право заключить, что договоръ этотъ можетъ быть заключенъ и словесно [2]). Самая употребительная и для насъ важная форма—письменная. Болѣе важное значеніе имѣетъ другое формальное различіе. Соглашеніе о пророгаціи можетъ быть или внесено въ тотъ или другой договоръ, какъ побочное условіе, clause, Klausel, или же можетъ быть заключенъ отдѣльный пророгаціонный договоръ. Это различіе весьма существенно—оно уже касается не столько формы, сколько содержанія пророгаціоннаго договора, а именно: 1) если условіе о пророгаціи можно вносить въ самый договоръ, то возможна пророгація относительно будущаго спора изъ этого договора;—отдѣльный договоръ можетъ быть заключенъ какъ на случай будущаго, такъ и по случаю настоящаго спора; 2) если условіе о пророгаціи внесено въ договоръ, то весь юридическій составъ этого договора о пророгаціи (субъектъ, объектъ и связь ихъ) дается ему тѣмъ договоромъ, въ который онъ включенъ. Но объ этомъ послѣднемъ выводѣ рѣчь впереди. Что касается вопроса о томъ, допускается-ли пророгаціонный договоръ только въ формѣ договора самостоятельнаго или же и въ видѣ условія другого договора, то его непосредственно разрѣшаютъ германскій и нашъ уставы. Дозволяется тяжущимся или включить въ договоръ указаніе на тотъ судъ, въ которомъ должны быть разбираемы ихъ споры по поводу этого договора [3]), или же заключать самостоятельный договоръ;—это послѣднее положеніе есть выводъ изъ того, что уставы эти дозволяютъ тяжущимся по взаимному соглашенію разбираться и въ некомпетентномъ судѣ, не предрѣшая вопросъ, въ какой формѣ должно быть выражено это соглашеніе: молчаливо или явно, въ видѣ письменнаго договора. Кромѣ того, по германскому уставу это подтверждается тѣмъ, что въ уставѣ этомъ выставляется необходимымъ условіемъ, чтобы соглашеніе относилось (sich bezieht) къ опредѣленному юридическому отношенію и проистекающему изъ него спору (подробнѣе объ этомъ см. ниже). Изъ этого видно, что уставъ этотъ допускаетъ возможность отдѣльнаго акта пророгаціоннаго договора. Еслибы онъ допускалъ только т. наз. Klausel, то не зачѣмъ было бы указывать на необходимость обозначенія юридическаго отношенія, ибо объ этомъ отношеніи идетъ рѣчь въ самомъ договорѣ, условіемъ коего является пророгація.—Мы сказали, что это различіе имѣетъ и то значеніе, что изъ допустимости пророгаціоннаго договора въ видѣ условія другого договора, можно вывести, что допускается и пророгація относительно будущаго спора. Дѣйствительно, если законодатель считаетъ возможнымъ существованіе условія о пророгаціи въ другомъ договорѣ, то возможность пророгаціи о будущемъ спорѣ понятна сама собою. Стороны всегда заключаютъ договоръ въ предположеніи миролюбиваго его исполненія; въ моментъ заключенія его еще нѣтъ спора, и если сторона говоритъ о послѣднемъ, то именно какъ о фактѣ, возможномъ въ будущемъ.

---

1) Code de pr. c. art. 7.

2) Я не касаюсь здѣсь вопроса, столь тщательно разработаннаго современною нѣмецкою наукою, о молчаливой пророгаціи, т.-е. о предполагаемомъ согласіи неявившагося отвѣтчика на разсмотрѣніе дѣла некомпетентнымъ судомъ. Одни (Wach, Fitting, Schwalbach, Löning) признаютъ эту пророгацію, другіе (Birkmayer, Seuffert, Bülow) не признаютъ. См. объ этомъ Bolgiano. Zur. Lehre v. vereinbarten Gerichtsstandt въ Zeitsch. f. Pr. u. öf. Recht 1886 B. XII H. III S. 594—617.

3) C. Pr. Ord. § 32 уст. гр. с. ст. 228.

Пророгаціонный договоръ есть источникъ правъ и обязанностей; въ силу его истецъ обязанъ не предъявлять иска въ другой не пророгированный судъ, отвѣтчикъ имѣетъ право отклонить отъ себя искъ, если тотъ будетъ предъявленъ въ другой судъ. Въ этомъ, если такъ можно выразиться, заключается *законная сила* пророгаціоннаго договора—исключается возможность разрѣшенія того-же спора другимъ не пророгированнымъ судомъ. Такое значеніе имѣютъ права и обязанности, изъ него вытекающія.

Пророгаціонный договоръ есть въ сущности договоръ объ извѣстномъ способѣ осуществленія права иска. Если такъ, то онъ находится въ тѣсной зависимости отъ того матеріальнаго правоотношенія, котораго онъ касается. Можно сказать, что право и обязанность по пророгаціонному договору касаются права иска, основаніемъ котораго является нарушенное матеріальное право. Характеръ матеріальнаго права неизбѣжно отражается и на характерѣ права иска, характеръ послѣдняго зависитъ отъ характера даннаго матеріальнаго права. И дѣйствительно, если, напр., данное матеріальное право преемственно или непреемственно, дѣлимо или недѣлимо, то таковымъ же свойствомъ должно отличаться и право иска, и право и обязанность по пророгаціонному договору. Если, напр., имѣется право на личную услугу, то, вслѣдствіе смерти той или другой стороны, оно по наслѣдству не переходитъ, не переходитъ и право иска, теряетъ и силу пророгаціонный договоръ. Нѣтъ права—нѣтъ и иска, нѣтъ иска—нѣтъ права требовать осуществленія его извѣстнымъ способомъ. Съ другой стороны, если матеріальное право переходитъ по наслѣдству, напр., право товарища, то переходитъ и право иска. Это несомнѣнно, но переходитъ-ли и право, и обязанность по пророгаціонному договору? Съ логической стороны это неизбѣжно,—но оно неизбѣжно и со всякой другой стороны. Если истецъ, при заключеніи договора съ предшественникомъ отвѣтчика считалъ пророгацію необходимою, одностороннее его нежеланіе исполнить свою обязанность передъ преемникомъ отвѣтчика является лишь капризомъ, который юридически не долженъ быть охраняемъ. Да къ тому же договоръ о пророгаціи не порождаетъ права на услугу или на нѣчто такое, что предполагаетъ особое довѣріе контрагентовъ другъ къ другу. Законная замѣна одного лица другимъ не имѣетъ значенія для противника. Такъ что истецъ долженъ исполнять свою обязанность; иное дѣло, если самъ отвѣтчикъ его отъ нея освободитъ. Отвѣтчикъ имѣетъ право требовать исполненія; за него пророгаціонный договоръ и преемственность права иска—и то, и другое противъ упрямаго истца. Тѣ же соображенія примѣняются и къ преемству между живыми. Но, спрашивается, сохраняется ли тѣсная связь между правомъ иска и пророгаціоннымъ договоромъ при нераздѣльности правъ, т.-е. вѣрно ли то, что при нераздѣльности матеріальнаго права и права иска, право и обязанность по пророгаціонному договору нераздѣльны? Иначе говоря, обязателенъ ли прорагаціонный договоръ для лицъ или обладающихъ нераздѣльнымъ правомъ, или имѣющихъ нераздѣльную обязанность съ контрагентами этого договора? Разсмотримъ оба выдающіеся случая нераздѣльности правъ (стр. 274—275) отдѣльно. Относительно спора о сервитутѣ вопросъ разрѣшается въ утвердительномъ смыслѣ, какъ въ случаѣ предъявленія иска однимъ изъ собственниковъ, такъ въ случаѣ привлеченія его къ отвѣту. Если бы была возможна только молчаливая пророгація, то незачѣмъ было бы входить въ подробныя обсужденія вопроса, но возможно, какъ сказано было выше, и письменное заключеніе пророгаціоннаго договора. Этотъ-то случай и можетъ возбудить сомнѣнія. Дѣйствительно, если одинъ изъ сособственниковъ предъявляетъ искъ о сервитутѣ въ некомпетентный судъ и противная сторона не предъявляетъ отвода по неподсудности, то судъ разрѣшаетъ споръ и рѣшеніе его будетъ вполнѣ законно. Другіе сособственники хотя и могутъ охранять свои интересы путемъ вступленія въ процессъ въ качествѣ послѣдующихъ

соучастниковъ или могутъ подать просьбу объ отмѣнѣ рѣшенія въ качествѣ третьихъ лицъ, неучаствовавшихъ въ дѣлѣ, но указывать на то, что ихъ сособственникъ—первоначальный истецъ предъявилъ искъ не въ тотъ судъ, куда слѣдовало, и что пророгація состоялась не законно, они не могутъ, последняя для нихъ обязательна. То-же самое и въ случаѣ предъявленія въ некомпетентный судъ иска о сервитутѣ къ одному изъ сособственниковъ и непредъявленія послѣднимъ отвода по неподсудности. Если другія сособственники вступятъ въ процессъ въ качествѣ послѣдующихъ соучастниковъ, то они конечно, могутъ предъявить этотъ отводъ; могутъ они и подать просьбу объ отмѣнѣ рѣшенія, но въ обоихъ случаяхъ они основываются не на незаконности пророгаціи, а на своихъ самостоятельныхъ процессуальныхъ правахъ. Когда пророгаціоный договоръ заключенъ явно, напр. письменно, то въ вопросѣ о силѣ его надо считаться съ двумя началами—процессуальнымъ и договорнымъ. Что касается начала процессуальнаго, то можно выставить такое положеніе: въ какой мѣрѣ, въ указанныхъ случаяхъ, для собственниковъ, неучаствующихъ въ процессѣ, обязателенъ молчаливый пророгаціонный договоръ, въ такой же мѣрѣ обязателенъ и явный, письменный. Если признать, хотя бы и условную обязательность перваго и отрицать обязательность второго, то придется формальной сторонѣ соглашенія придать такое значеніе, какого она, по существу, никогда имѣть не можетъ. Въ виду выставленнаго положенія можно сказать, что при заключеніи однимъ изъ сособственниковъ пророгаціоннаго договора участія остальныхъ не требуется, но когда, на основаніи этого договора искъ предъявленъ въ пророгированный судъ, то сособственнику истцу или отвѣтчику должно быть предоставлено привлеченіе къ соучастію своихъ товарищей; послѣдніе въ правѣ и сами вступить въ процессъ, въ обоихъ случаяхъ въ качествѣ послѣдующихъ соучастниковъ; когда они привлекаются или вступаютъ въ качествѣ послѣдующихъ соучастниковъ, то могутъ предъявить отводъ по неподсудности, если же они привлечены или вступили въ качествѣ соистцевъ, то, понятно, предъявить этотъ отводъ не могутъ. Если бы они заявили, что не желаютъ судиться въ пророгированномъ судѣ, то имъ можетъ быть противопоставлено то возраженіе, что исковое право неразрывно связано съ правомъ иска первоначальнаго истца, а въ виду этой связи и должно быть разсмотрѣно въ одномъ судѣ [1]). Когда они не принимаютъ участія въ процессѣ, то могутъ просить объ отмѣнѣ рѣшенія. Договорное начало въ разрѣшеніи даннаго вопроса, кажется, не должно имѣть значенія. Хотя, по общему правилу, не одинъ изъ сособственниковъ не можетъ заключать договора безъ участія остальныхъ, но природа пророгаціоннаго договора такова, что на заключеніе его любой изъ сособственныхъ управомоченъ и безъ согласія остальныхъ. Договоръ о пророгаціи, есть какъ мы сказали выше договоръ о способѣ судебнаго осуществленія права, а судебное осуществлеленіе права есть право, принадлежащее каждому изъ сособственниковъ, совершенно отдѣльно и независимо отъ остальныхъ.

Затѣмъ, что касается споровъ о правѣ по солидарнымъ обязательствамъ, то обязательность пророгаціоннаго договора, заключеннаго содолжникомъ и сокредиторомъ должна быть допущена по тому соображенію, что каждый изъ сокредиторовъ можетъ осуществить судебнымъ путемъ свое право, каждый изъ содолжниковъ обязанъ отвѣчать передъ кредиторомъ совершенно независимо отъ остальныхъ. Заключеніе пророгаціоннаго договора однимъ изъ субъектовъ солидарнаго обязательства есть дѣйствіе, указывающее на намѣреніе сокредитора воспользоваться своимъ правомъ и на то, что кредиторъ остановился на данномъ содолжникѣ; концентрація обязательства уже начинается. Когда до-

---

[1]) Положеніе это признано всѣми законодательствами.

говоръ исполняется т.-е. искъ предъявленъ—концентрація завершается и остальные сокредиторы и содолжники не могутъ предъявлять никакихъ возраженій, касающихся подсудности, яко бы нарушенной пророгаціоннымъ договоромъ. Они могутъ, если желаютъ, вступить въ процессъ въ качествѣ послѣдующихъ соучастниковъ. Въ виду изложенныхъ соображеній, сила пророгаціоннаго договора въ случаяхъ нами разсмотрѣнныхъ должна быть распространена и на другихъ соучастниковъ. Если одинъ изъ соуправомоченныхъ или сообязанныхъ ранѣе другихъ заключилъ пророгаціонный договоръ, то они разсматриваются какъ фиктивные соучастники его, а онъ, какъ ихъ презумтивный представитель. Вступая напр. съ отвѣтчикомъ въ пророгаціонный договоръ, истецъ обязываетъ всѣхъ своихъ соучастниковъ.

Пророгаціонный договоръ можетъ дать поводъ къ возбужденію вопроса о тождествѣ двухъ спорныхъ отношеній; а именно: когда истецъ предъявляетъ искъ въ непророгированный судъ, и отвѣтчикъ ссылается на свое право не вступать въ процессъ въ этомъ судѣ, то возникаетъ вопросъ о тождествѣ иска, предъявленнаго въ судъ или иначе спорнаго отношенія, предложеннаго на разсмотрѣніе суда, и спорнаго отношенія, о которомъ идетъ рѣчь въ пророгаціонномъ договорѣ. Понятно, что этотъ вопросъ о тождествѣ можетъ возникнуть всегда, когда истецъ предъявляетъ искъ въ непророгированный судъ, хотя бы этотъ послѣдній когда то тѣми же сторонами и по поводу того же дѣла былъ пророгированъ. Въ этомъ случаѣ возникаетъ коллизія двухъ пророгаціонныхъ договоровъ или столкновеніе двухъ силъ,—силы ранѣе заключеннаго и силы позже заключеннаго пророгаціоннаго договора. Когда стороны сначала заключила пророгаціонный договоръ, а потомъ, взамѣнъ его, другой, то коллизія разрѣшается весьма легко: обѣ стороны имѣли animus novandi, эту характерную черту новаціи [1]), слѣдовательно ранѣе заключенный договоръ прекратился, въ силѣ остался послѣдній. Такъ что, если истецъ предъявилъ искъ въ государственный, бывшій пророгированный, судъ, то онъ этимъ нарушаетъ свою обязанность, вытекающую изъ втораго договора. Но болѣе затрудненій представляетъ тотъ случай, когда юридическій предшественникъ отвѣтчика заключилъ съ истцомъ пророгаціонный договоръ, а затѣмъ истецъ заключаетъ съ его преемникомъ, незнающимъ о первомъ договорѣ, новый пророгаціонный же договоръ. Тутъ animus novandi на сторонѣ преемника отвѣтчика не было. Отвѣтчикъ имѣетъ право въ случаѣ предъявленія истцомъ иска въ пророгированный первымъ договоромъ судъ, настаивать на силѣ второго договора, исключающаго право истца вообще предъявлять искъ въ какой либо другой государственный судъ, будетъ ли это судъ, которому дѣло подсудно по закону или это будетъ судъ, компетентный въ силу предыдущаго пророгаціоннаго договора. Такъ какъ истецъ самъ заключилъ этотъ договоръ съ самимъ юридическимъ предшественникомъ отвѣтчика, то онъ конечно не можетъ ссылаться, ради сохраненія силы перваго пророгаціоннаго договора, на наслѣдственность, преемственность его. При заключеніи втораго договора онъ зналъ о существованіи перваго и вступивъ во второй, тѣмъ самымъ отрицалъ преемственность или не желалъ воспользоваться ею, слѣдовательно и впослѣдствіи ссылаться на нее не можетъ. Нѣтъ основаній ставить вопросъ о силѣ того или другого договора въ зависимость отъ произвола, каприза одной изъ сторонъ и тѣмъ болѣе стороны обязанной. Сегодня истецъ не признаетъ преемственности договора, и вступаетъ въ другой договоръ, а завтра захотѣлось ему признать и нарушить договоръ... Pacta sunt servnna. Наконецъ, не менѣе затруднителенъ случай, когда два лица заключили пророгаціонный договоръ, затѣмъ, оба умерли, а ихъ преем-

[1]) Sintenis.—Das practische gemeiue Civilrecht Leipzig 1869. (3-е изд.) B. 2. S. 449.

ники, не зная о существованіи этого договора, заключаютъ другой пророгаціонный же договоръ. Если преемникъ истца, узнавъ объ этомъ, предъявляетъ искъ въ пророгированный первымъ договоромъ судъ, то преемникъ отвѣтчика можетъ ссылаться на второй договоръ. Повидимому, здѣсь слѣдовало бы примѣнить правило prior tempore—potior jure; такъ какъ обязанность не предъявлять иска въ другой, непророгированный первымъ договоромъ судъ, обязанность, перешедшая потомъ къ преемнику истца, возникла ранѣе обязанности не предъявлять иска въ другой непророгированный вторымъ договоромъ, то и силу сохраняетъ первый пророгаціонный договоръ. Но примѣнить это правило не допускаютъ слѣдующія соображенія: преемникъ истца разъ выразилъ дѣйствительную свою волю, вступивъ съ преемникомъ отвѣтчика въ пророгаціонный договоръ; договоръ этотъ вполнѣ дѣйствителенъ,—одностороняго со стороны истца отступленія отъ договора, нельзя допустить. Вступая въ договоръ, онъ долженъ былъ знать, насколько онъ свободенъ, насколько онъ связанъ. Самымъ фактомъ вступленія во (второй) пророгаціонный договоръ онъ заявилъ себя свободнымъ отъ всякихъ обязательствъ, стѣсняющихъ его въ заключеніи даннаго договора; онъ желалъ данной пророгаціи, закрѣпилъ это желаніе юридически, за преемникомъ отвѣтчика нѣтъ основанія отрицать право сохранить силу этого договора. Во всѣхъ этихъ трехъ случаяхъ на судѣ можетъ возникнуть вопросъ о тождествѣ спорныхъ отношеній, упомянутыхъ въ двухъ пророгаціонныхъ договорахъ. Такъ, истецъ можетъ предъявить искъ въ пророгированный первымъ договоромъ судъ,—отвѣтчикъ, отклоняя отъ себя искъ, указываетъ, что по поводу того же самаго правоотношенія заключенъ другой пророгаціонный договоръ.

*бб) На разрѣшеніе государственнаго суда предложено спорное отношеніе, подлежащее разрѣшенію суда третейскаго.*

Автономія частнаго лица въ области гражданскихъ правоотношеній заставляетъ также признать возможность заключенія третейскаго договора. Договоръ этотъ признается всѣми законодательствами; но съ другой стороны законодательства и здѣсь кладутъ извѣстный предѣлъ частной автономіи, хотя и предѣлъ иного характера, чѣмъ тотъ, который выставляется относительно пророгаціоннаго договора. Да и основанія договоровъ совершенно различны.—Общее между ними то, что въ силу обоихъ данное дѣло изъемлется изъ компетенціи подлежащаго суда; но въ дальнѣйшемъ глубокое различіе. Въ силу пророгаціи, государственный судъ только расширяетъ свою компетенцію, оставаясь тѣмъ же самымъ судомъ; онъ функціонируетъ въ роли того же государственнаго суда, какимъ онъ является при обыкновенномъ порядкѣ вещей и безъ пророгаціи. Пророгаціею только расширяется компетенція,—всѣ права и обязанности остаются за даннымъ судомъ, какъ будто бы пророгаціи вовсе не было [1]). Такъ, нашъ мировой судья въ дѣлахъ сельскихъ обывателей только представляется съ болѣе широкою компетенціею, но въ остальномъ это тотъ же мировой, дѣйствующій такъ, какъ будто бы онъ вовсе не былъ пророгированъ—рѣшаетъ онъ на основаніи закона, рѣшеніе его неокончательное и т. д. [2]). Иное дѣло третейскій судья—частное лицо или судебный органъ; онъ облекается судебною властью (разрѣшительною), онъ дѣйствуетъ какъ судья sui generis; о расширеніи компетенціи нѣтъ рѣчи,—рождается новая компетенція, въ виду которой и функція становится новою; создается ad hoc, по инициативѣ частнаго лица, новый судъ, дѣйствующій хотя и какъ судебное учрежденіе, но не по тѣмъ правиламъ, нормамъ, которыя предписаны для судовъ въ общемъ порядкѣ. Такъ, напр., нашъ мировой судья, призванный въ

---

[1]) Osterloh н. с. т. I стр. 143.

[2]) Малышевъ н. с. т. I стр. 155.

судьи по избранію тяжущимися, является не какъ мировой, а какъ третейскій судья,—законы для него необязательны, рѣшеніе его окончательно. — Надо принять въ разсчетъ еще и то, что государство принимаетъ на себя отвѣтственность за организацію и функціи судебныхъ учрежденій, а за третейскій судъ, созданный по волѣ частныхъ лицъ, оно отвѣтственности не принимаетъ, никакихъ гарантій правильности рѣшеній не установляетъ; слѣдовательно, какъ разъ наоборотъ, чѣмъ относительно собственно-государственныхъ судовъ. Этимъ, какъ мы видѣли, въ свою очередь выясняется, почему государство не допускаетъ пророгаціи безъ ограниченій; оно не разрѣшаетъ, напр., пророгацію объективной компетенціи, потому что пророгированный судъ, извѣстнымъ образомъ организованный, остается судомъ государственнымъ въ полномъ смыслѣ, тѣмъ же судомъ, за котораго государство отвѣчаетъ; дозволяя пророгацію безъ ограниченій, оно приняло бы на себя невозможную отвѣтственность; оно, по иниціативѣ частнаго лица, признало бы, безъ измѣненія нормъ, которымъ судъ подчиненъ, что судъ, организованный для извѣстныхъ, опредѣленныхъ дѣлъ, можетъ быть компетентенъ и въ разрѣшеніи дѣлъ, предполагающихъ суды совершенно иной организаціи. Вопросъ объ организаціи того или другаго судебнаго учрежденія тѣснѣйшимъ образомъ связанъ со свойствомъ и родомъ дѣлъ ему подвѣдомственныхъ.

Здѣсь не мѣсто входить въ подробное разсмотрѣніе условій допустимости третейскаго договора; укажемъ лишь на главнѣйшія ограниченія. Они касаются, прежде всего, характера того спорнаго права, по поводу котораго заключенъ третейскій договоръ. Такъ, французскій уставъ даетъ общее на этотъ счетъ указаніе, говоря, что третейскій договоръ можетъ быть заключенъ по спорамъ о правахъ, находящихся въ полномъ распоряженіи лица; кромѣ того, въ интересахъ публичныхъ нельзя заключать этотъ договоръ по дѣламъ о правахъ состоянія и вообще, требующимъ при разсмотрѣніи на судѣ заключенія прокурора. До сихъ поръ ограниченія понятны, но далѣе имѣется ограниченіе едва-ли основательное, а именно, изъяты дѣла объ алиментахъ [1]). Нашъ уставъ [2]) прямо запрещаетъ заключеніе третейскаго договора о спорахъ о правахъ состояніяхъ, о дѣлахъ, сопряженныхъ съ пользами недѣеспособныхъ лицъ и съ интересами казны, земскихъ, городскихъ и сельскихъ обществъ и по дѣламъ, связаннымъ съ преступленіемъ кромѣ тѣхъ которые могутъ быть прекращаемы примиреніемъ. Но кромѣ того, предоставлять разрѣшеніе спора третейскому суду могутъ лишь лица, имѣющія право свободно распоряжаться своимъ имуществомъ, а слѣдовательно, споры объ имуществѣ, право распоряженія коимъ ограничено въ пользу третьяго лица, не могутъ быть разрѣшаемы третейскимъ судомъ. Германскій уставъ предоставляетъ разрѣшеніе вопроса о допустимости третейскаго договора партикулярнымъ законодательствамъ, т.-е. третейскій договоръ можетъ быть заключенъ въ тѣхъ же случаяхъ, когда по гражданскому кодексу того или другого государства возможна мировая сдѣлка. Обращаясь же къ этимъ законодательствамъ, находимъ, что, напр., по саксонскому [3]), баденскому [4]), прусскому [5]) мировая сдѣлка возможна лишь относительно такихъ правъ, которыя находятся въ полномъ распоряженіи лица [6]).

---

[1]) Code de. pr. c. § 1003, 1004.

[2]) У. гр. с. ст. 1368.

[3]) Sächs bürg Gesetzb. § 1409—1410.

[4]) Bad. Landr. § 2046.

[5]) Preuss. Landr. I. 16. § 405—449.

[6]) Förster н. с. т. I стр. 695.

Что касается вопроса о томъ, можетъ ли быть заключенъ третейскій договоръ на случай будущаго спора, то онъ разрѣшается законодательствами далеко не одинаково. Этотъ вопросъ, какъ и относительно договора о пророгаціи, находится въ зависимости отъ вопроса о допустимости такъ называемой clause compromissoire, Schiedsrichterliche Klausel, то-есть условія о третейскомъ разбирательствѣ на случай спора, условія, включеннаго въ другой договоръ. Если допускается clause, Klausel, то, въ виду того, что она всегда предполагаетъ не наличный, а только будущій споръ, можно вывести, что и вообще долженъ быть допущенъ третейскій договоръ, какъ отдѣльный актъ, на случай будущаго спора. Что касается обратнаго случая, то изъ запрещенія включать въ договоръ подобное условіе нельзя выводить, a contrario, что можно совершать отдѣльный договоръ на случай будущаго спора; запрещеніе, основанное на такомъ формальномъ соображеніи, не имѣетъ смысла. Основанія этого запрещенія таковы, что приводятъ къ необходимости вывести изъ него запрещеніе вообще третейскихъ договоровъ на случай будущаго спора. Запрещеніе это основано именно на томъ, что споръ не долженъ быть будущимъ, а долженъ быть настоящимъ, уже существующимъ въ моментъ заключенія третейскаго договора. Если бы законодательство имѣло въ виду именно одну формальную сторону, т.-е. запретило бы лишь одну clause, Klausel о будущемъ спорѣ, но дозволяло бы заключать отдѣльный третейскій договоръ о будущемъ спорѣ, то оно объ этомъ упомянуло бы спеціально. Далѣе, тѣ законодательства, которыя требуютъ, чтобы въ третейскомъ договорѣ были означены имена избранныхъ судей и указанъ срокъ, въ теченіе котораго судья долженъ разрѣшить споръ (онъ же и срокъ договора), конечно не допускаютъ clause, Klausel, а слѣдовательно не допускаютъ и вообще заключенія третейскаго договора на случай будущаго спора. И дѣйствительно, какъ вѣрно заключали редакторы германскаго устава,—пока спора еще нѣтъ, пока еще неизвѣстно, каковъ характеръ тѣхъ обстоятельствъ, которыхъ придется обсуждать суду, до тѣхъ поръ трудно избрать подходящихъ судей [1]). Положимъ, въ договорѣ сказано, что всѣ споры изъ него вытекающіе должны быть разрѣшаемы, путемъ третейскаго разбирательства, юристомъ А. Возникаетъ споръ, который всего лучше можетъ быть разрѣшенъ агрономомъ Б; конечно А можетъ пригласить Б въ качествѣ эксперта; но зачѣмъ это дѣлать, когда В будетъ, по мнѣнію сторонъ, лучшимъ судьею, чѣмъ А; какъ экспертъ онъ лишь косвенно можетъ повліять на рѣшеніе (но можетъ и не повліять), какъ судья онъ самъ постановитъ рѣшеніе. Что касается срока, то установленіе его договоромъ или закономъ не имѣетъ смысла по отношенію къ будущему спору. Срочность третейскаго договора мотивируется тѣмъ, что въ отсутствіе ея отвѣтчику дается безграничное право отклонять иски, предъявляемые истцомъ въ государственный судъ. Эта же мысль проглядываетъ и въ мотивахъ нашего устава [2]). Но срокъ вовсе не такъ необходимъ. Если истецъ, въ тѣхъ случаяхъ, когда срокъ не установленъ, желаетъ обратиться въ государственный судъ, то онъ дѣлаетъ это въ виду того, что производство идетъ слишкомъ медленно; но на случай медленности производства законодательства, неупоминающія о срокѣ, предоставляютъ сторонѣ просить объ уничтоженіи производства, и тогда истецъ можетъ предъявить искъ въ государственный судъ. Конечно, можно спорить о томъ, что лучше: установлять или не установлять срока (думаемъ даже, что послѣднее лучше), но если разъ законодательство признаетъ необходимость срочности договора, то тѣмъ исключаетъ законность третейскаго договора на случай будущаго спора. Дѣйствительно, продолжи-

[1]) Motive къ § 854 н. изд.

[2]) Уст. гр. суд. изд. гос. канц. стр. 661.

тельность каждаго срока опредѣляется характеромъ тѣхъ дѣйствій, которыя должны быть въ теченіе его совершены. А для того, чтобы составить себѣ представленіе объ этомъ характерѣ, самыя дѣйствія должны быть извѣстны. Этой-то извѣстности и нѣтъ въ томъ случаѣ, когда третейскій договоръ заключенъ на случай будущаго спора. Одно и тоже юридическое отношеніе можетъ вызвать множество спорныхъ отношеній самаго разнообразнаго свойства; напр., юридическое отношеніе, вытекающее изъ аренднаго договора; каждое отдѣльное правоотношеніе, входящее въ его составъ, можетъ подать поводъ къ спору. Заранѣе предвидѣть эти споры рѣшительно невозможно. Потому-то требованіе срочности исключаетъ собою возможность третейскаго договора на случай будущаго спора.

Всѣ эти соображенія намъ необходимы въ виду постановленій французскаго и нашего законодательствъ. Ни въ томъ, ни въ другомъ не имѣется прямыхъ указаній на допустимость третейскихъ договоровъ на случай будущаго спора. Но изъ имѣющихся постановленій можно вывести недопустимость ихъ. Прежде всего, французской кодексъ знаетъ только срочные третейскіе договоры—если срокъ въ договорѣ не назначенъ, то онъ, договоръ, сохраняетъ свою силу въ теченіе трехъ мѣсяцевъ [1]). Даже, по мнѣнію французскихъ ученыхъ, Кольме-Дажъ [2]), Бонье [3]), clause compromissoire противна смыслу закона. Кольме-Дажъ полагаетъ, что допускать clause compromissoire, значитъ явно нарушать ст. 1006; статья эта требуетъ обозначенія въ третейскоймъ договорѣ предмета спора (les objets en litige) и именъ лицъ, избранныхъ третейскими судьями. По его мнѣнію, clause compromissoire не удовлетворяетъ этому условію, ибо въ ней l'objet en litige неопредѣленъ, потому что и спора еще нѣтъ, и имена судей обыкновенно не обозначены. Совершенно вѣрно, что неудобно назначить заранѣе третейскихъ судей, не зная въ чемъ будетъ состоять споръ, и что въ clause compromissoire не можетъ быть опредѣленъ предметъ спора, ибо спора нѣтъ—потому-то третейскихъ судей неудобно заранѣе избрать, что спорные факты еще не извѣстны. Кольме-Дажъ совершенно правъ, указывая на эти два обстоятельства,—оба они находятся въ тѣсной логической связи. Менѣе его послѣдовательны были редакторы германскаго устава. Мы видѣли совершенно вѣрное ихъ разсужденіе, что имена третейскихъ судей въ Klausel не могутъ быть обозначены. Кольме-Дажъ изъ этого выводитъ недопустимость третейскаго договора на случай будущаго спора, а редакторы германскаго устава, принявъ то положеніе, что третейскій договоръ можетъ быть заключенъ на случай будущаго спора, высказались за то, что вообще въ третейскомъ договорѣ, а, слѣдовательно, и въ Klausel, не надо обозначать именъ избранныхъ судей. Но не въ этомъ они, повидимому, непослѣдовательны, а вотъ въ чемъ: признавая невозможность, или, по крайней мѣрѣ, затруднительность, избранія судей на случай будущаго спора, они признали возможнымъ требовать, чтобы въ третейскомъ договорѣ на случай будущаго спора было означено не только опредѣленное правоотношеніе, но и вытекающее изъ него спорное отношеніе. Если они полагаютъ, что на случай будущаго спора нельзя избрать надлежащихъ судей, въ виду неизвѣстности характера будущаго спора, т.-е. именно предполагаютъ неизвѣстность спора, то возможно ли требовать точнаго указанія этого неизвѣстнаго спора. Такъ что характеръ спора въ одномъ случаѣ признается неизвѣстнымъ (коль скоро рѣчь идетъ объ избраніи судей), а въ другомъ—предполагается извѣстнымъ (ибо требуется указаніе на спорное отношеніе). Это противорѣчіе, ка-

---

[1]) Code d. p. e. art. 101, 292.

[2]) Colmet-Daage въ примѣч. къ Beitard н. с. т. II стр. 612.

[3]) Bonnier н. с. стр. 339.

жется, можетъ быть примирено такимъ образомъ: уставъ относительно третейскаго договора на случай будущаго спора (конечно, въ тѣхъ случаяхъ, когда договоръ этотъ не является въ видѣ Klausel) требуетъ не точнаго до мелочей обозначенія будущаго спора, а болѣе или менѣе точнаго,—точнаго настолько, чтобы судъ, если ему представится необходимость рѣшить вопросъ, къ какому правоотношенію относится договоръ, имѣлъ бы нѣкоторую точку опоры въ соглашеніи сторонъ. Въ такомъ смыслѣ требованіе обозначенія спора выполнимо. Иное дѣло избраніе судей на случай будущаго спора: тутъ нужно напередъ знать всѣ мелочи будущаго спора,—что невозможно, а, слѣдовательно, невозможно и требовать указанія именъ судей. Какъ бы то ни было, германскій уставъ допускаетъ и Klausel, и вообще третейскій договоръ на случай будущаго спора. Что касается нашего устава, то онъ является въ этомъ вопросѣ вѣрною копіею устава французскаго. Всѣ соображенія, изложенныя нами по поводу послѣдняго, примѣняются и къ нему. Невольно рождается вопросъ: въ силу какихъ соображеній законодательство французское [1]), въ противуположность германскому [2]) и австрійскому [3]), не допускаетъ третейскаго договора на случай будущаго спора. Бонье оправдываетъ свое отечественное законодательство. Онъ говоритъ, что прежде вопросъ этотъ рѣшался въ утвердительномъ смыслѣ, но теперь, послѣ болѣе глубокаго и основательнаго изученія его, пришли къ тому заключенію, что clause compromissoire есть нѣчто весьма вредное; дозволяя ее, дается возможность отвѣтчику по легкомыслію отказаться отъ гарантій правосудія, представляемыхъ государственными судами [4]). Не говоря уже о томъ, что въ наукѣ давно, и съ особенною силою въ настоящее время, указываютъ на совершенную законность третейскихъ договоровъ на случай будущаго спора, что со времени римскихъ юристовъ стало общепризнаннымъ то положеніе, что наличность спора не есть условіе третейскаго договора [5])—не говоря объ этомъ, мнѣніе Бонье едва ли основательно. Если законодатель вздумаетъ оберегать гражданъ отъ легкомысленнаго вступленія въ договоры, то ему придется или запретить почти всякій договоръ, или избрать такую процедуру совершенія, которая давала бы контрагентамъ по возможности больше времени хорошенько подумать о томъ, что они дѣлаютъ, что ихъ ожидаетъ и т. д. Не видимъ, почему именно третейскій договоръ о будущемъ спорѣ можетъ быть, а о настоящемъ спорѣ не можетъ быть заключенъ по легкомыслію? Если контрагенты имѣютъ въ виду при заключеніи договора будущій споръ, то это уже указываетъ на ихъ предусмотрительность, а не легкомысліе.

Третейскій договоръ, между спорящими сторонами, съ одной стороны, и между ними и лицомъ, взявшимся быть судьею, порождаетъ рядъ правъ и обязанностей для лицъ, въ немъ участвующихъ. Главнѣйшее изъ юридическихъ послѣдствій, имъ порождаемыхъ, заключается въ обязанности истца не передавать свой споръ на разрѣшеніе другого суда, и въ правѣ отвѣтчика не отвѣчать передъ другомъ, не третейскимъ судомъ. Въ этомъ заключается *законная сила* третейскаго договора,—онъ исключаетъ возможность разрѣшенія того же спора другимъ не третейскимъ судомъ. Такое значеніе имѣютъ права, изъ него вытекающія. Находятся ли и тутъ права и обязанности по третейскому договору въ извѣстной зависимости отъ свойства спорнаго права? Кажется, да, находятся. Остановимся сначала на преемственности. Что касается

---

[1]) Boitard н. с. т. II стр. 62.
[2]) C. Pr. Ord. § 852.
[3]) Canstein н. с. т. I стр. 35.
[4]) Bonnier н. с. стр. 339—340.
[5]) Andre-Gemeinrechtliche Grundzüge der Schiedsgerichte Leipzig S. 26—38.

вытекающихъ изъ третейскаго договора правъ и обязанностей, взятыхъ сами по себѣ, независимо отъ спорнаго матеріальнаго права, то, по мнѣнію, напр., Боатара [1]), надо различать права и обязанности, вытекающія изъ договора между спорящими сторонами и вытекающія изъ договора между этими сторонами и лицомъ, избраннымъ въ судьи. Договоръ между сторонами и судьею есть договоръ объ оказаніи личной услуги (mandat) и, слѣдовательно, смерть того или другого изъ участниковъ прекращаетъ обязательство; изъ договора же между сторонами не вытекаетъ никакихъ чисто личныхъ обязательствъ, а потому смерть стороны не можетъ влечь за собою права наслѣдниковъ, освободиться отъ обязанностей, вытекающихъ изъ третейскаго договора. Повидимому, эти соображенія совершенно вѣрны. Но это только повидимому. Слѣдуя Боатару, надо признать, что въ томъ случаѣ, когда заключенъ третейскій договоръ между сторонами и между ними и судьею (единственный случай, допущенный Code d. pr. c.) — вслѣдствіе смерти одной изъ сторонъ прекращается лишь договоръ между судьею и сторонами, а договоръ между сторонами сохраняетъ свою силу. Фактъ юридически едва-ли допустимый. Но во взглядѣ Боатара есть доля истины. Вообще, кажется, нужно имѣть въ виду слѣдующія положенія. Прежде всего, сторонамъ предоставляется указать въ договорѣ, какія послѣдствія должна влечь за собою смерть одной изъ нихъ т.-е. переходятъ ли права и обязанности, изъ третейскаго договора вытекающія, къ наслѣдникамъ или нѣтъ. За отсутствіемъ же таковаго указанія, при разрѣшеніи вопроса о преемственности или непреемственности этихъ правъ и обязанностей, надо имѣть въ виду два различныхъ случая: — заключенъ-ли полный третейскій договоръ, т.-е. въ одномъ и томъ же актѣ имѣется соглашеніе между спорящими сторонами и соглашеніе между ними и третьимъ лицомъ, избраннымъ въ судьи, или же имѣется два отдѣльныхъ договора — одинъ между сторонами, другой — между ними и судьею. Что касается перваго случая, то смертью той или другой договаривавшейся стороны всегда долженъ прекратиться весь договоръ, — о преемствѣ не можетъ быть и рѣчи. Если умираетъ судья, то съ прекращеніемъ договора съ судьею (о чемъ рѣчь впереди), прекращается и договоръ между сторонами, потому что стороны заключили между собою договоръ именно въ томъ предположеніи, что, въ случаѣ спора, *данное лицо* будетъ ихъ судьею; — лицо это умираетъ, предположеніе не сбывается, — нѣтъ основанія сохранять силу договора; желаніе судиться у даннаго лица равносильно желанію судиться вообще третейскимъ судомъ; первое желаніе не сбывается — второе лишается почвы. Потому-то въ случаѣ желанія одной стороны сохранить силу договора и нежеланія другой, весь договоръ долженъ потерять силу. — Если умираетъ та или другая изъ спорящихъ сторонъ [2]), то весь договоръ прекращается, въ силу того, что смерть стороны освобождаетъ судью отъ необходимости оказать личную услугу, а преемника умершаго — принять услугу, а съ прекращеніемъ этого договора, прекращается и договоръ между сторонами. Конечно желаніе преемника судьи исполнить договоръ возстановляетъ его силу, но стороны могутъ этого не желать, ссылаясь на то, что судья не внушаетъ имъ довѣрія; выборъ новаго судьи былъ бы противенъ первоначальному желанію сторонъ. Соображенія, въ

---

[1]) Boitard н. с. т. II стр. 619.

[2]) Мы говоримъ „изъ сторонъ“, а не „изъ лицъ, являющихся стороною“, ибо стороною могутъ быть нѣсколько лицъ. Если бы мы сказали: „то и другое изъ лицъ, являющихся стороною“, то упустили бы изъ виду тотъ случай, когда на той или другой сторонѣ находятся нѣсколько нераздѣльно управомоченныхъ и обязанныхъ лицъ. Тутъ въ виду презумтивнаго представительства каждаго за всѣхъ остальныхъ, смерть одного изъ нихъ не прекращаетъ договора.

виду которыхъ договоръ между сторонами прекращается вслѣдствіе смерти судьи, примѣняется и къ тѣмъ случаямъ, когда судья или самъ уклоняется, или когда преемникъ его устраняетъ. Нѣсколько иначе разрѣшается вопросъ, когда заключены два договора. Договоръ между сторонами и судьею прекращается вслѣдствіе смерти кого либо изъ участниковъ. Когда умираетъ та или другая изъ спорящихъ сторонъ, то, съ одной стороны, судья имѣетъ полное основаніе уклониться отъ своей обязанности, его отношенія къ сторонамъ суть отношенія по поводу личныхъ услугъ, mandat, какъ говоритъ Боатаръ; съ другой стороны, наслѣдникъ умершаго имѣетъ полное право не подчиняться судьѣ, избранному его наслѣдодателемъ; избраніе судьи есть дѣло личнаго довѣрія: никому нельзя навязать третейскаго судью, къ которому не имѣешь довѣрія. Что же касается договора между сторонами, или условія, включеннаго въ другой договоръ о разрѣшеніи ихъ дѣла третейскимъ судомъ вообще, то тутъ надо имѣть въ виду характеръ тѣхъ правъ, которыя являются спорными, если права эти не преемственны, то третейскій договоръ вслѣдствіе смерти той или другой стороны теряетъ всякую почву — не стало того права, по поводу котораго онъ заключенъ. Если же спорныя права преемственны, то преемственны и права и обязанности по третейскому договору [1]). Юридическіе преемники сторонъ въ спорномъ правоотношеніи не имѣютъ никакого основанія уклоняться отъ исполненія третейскаго договора, заключеннаго ихъ предшественниками. — Что касается преемства inter vivos, то обязанность третейскаго судьи, какъ личная услуга, не можетъ быть, безъ согласія сторонъ, передана другому лицу; но права и обязанности спорящихъ сторонъ по третейскому договору, въ случаѣ правомѣрности преемства въ спорномъ правѣ или спорной обязанности, переходятъ къ законному преемнику.

Римское право рѣшало вопросъ о преемствѣ третейскаго договора въ безусловно отрицательномъ смыслѣ [2]); но изъ современныхъ законодательствъ лишь нѣкоторые, напр., наше, послѣдовали его примѣру. На основаніи пп. 2 и 4 ст. 1384 уст. гражд. судопр. въ случаѣ смерти истца или отвѣтчика или посредника третейскій судъ прекращается. Осуждать за это нашъ уставъ неосновательно, онъ знаетъ лишь одну форму третейской записи, именно полный третейскій договоръ съ его двойнымъ содержаніемъ. Германскій уставъ оставляетъ неразрѣшеннымъ вопросъ о послѣдствіяхъ смерти той или другой изъ спорящихъ сторонъ; что же касается смерти судьи, то изъ § 857, a contrario, и изъ мотивовъ, Шеллингъ основательно заключаетъ, что смерть посредника, означеннаго въ договорѣ, влечетъ за собою прекращеніе всего третейскаго договора [3]). Французскій же кодексъ рѣзко различаетъ, и тотъ и другой вопросъ, разрѣшая одинъ отрицательно, другой — утвердительно. Смерть той или другой стороны не прекращаетъ третейскаго договора,—права и обязанности изъ него вытекающія, переходятъ къ наслѣдникамъ, когда они совершеннолѣтни. Но смерть судьи всегда прекращаетъ договоръ [4]).

Далѣе, что касается значенія нераздѣльности права, принадлежащаго нѣсколькимъ лицамъ, для силы третейскаго договора, то, спрашивается: обязателенъ ли для всѣхъ лицъ, нераздѣльно соуправомоченныхъ или нераздѣльно сообязанныхъ, третейскій договоръ, заключенный однимъ изъ нихъ? Вопросъ этотъ разрѣшается различно, смотря по тому, идетъ-ли рѣчь о спорѣ о сервитутномъ правѣ или спорѣ о правѣ по солидарному обязательству. Въ

---

[1]) Schelling н. с. стр. 448. Boitard н. с. т. II стр. 619.

[2]) 27 § 1, 45, 49 § 2 D. de recept. qui arbitr. recip. 4. 8.

[3]) Schelling н. с. стр. 446.

[4]) Code de pr. c. art. 1012, 1013.

римскомъ юстиніановомъ правѣ [1]) и въ современной теоріи [2]) второй вопросъ разрѣшается въ утвердительномъ смыслѣ — третейскій договоръ заключенный однимъ солидарнымъ должникомъ или вѣрителемъ, обязателенъ для остальныхъ. Причина очень проста: заключая договоръ, сокредиторъ или содолжникъ опредѣляются какъ лица, имѣющія получить или произвести удовлетвореніе— всѣ остальныя устраняются; никто изъ нихъ не можетъ предъявить иска или не можетъ быть привлеченъ къ отвѣту. Такъ, третейскій договоръ распространяетъ свою силу на всѣхъ солидарно обязанныхъ или управомоченныхъ— лицо участвовавшее разсматривается, какъ ихъ презумтивный представитель. Иное дѣло въ спорѣ о сервитутномъ правѣ. Тутъ третейскій договоръ, заключенный однимъ изъ соуправомоченныхъ или сообязанныхъ, не можетъ имѣть силы для остальныхъ; возможность злоупотребленій слишкомъ широка, гарантіи правъ послѣднихъ слишкомъ слабы. Въ случаѣ заключенія договора однимъ изъ контрагентовъ, остальные конечно могутъ просить судъ объ уничтоженіи договора, но нѣтъ резона ставить ихъ въ необходимость дѣлать это. И дѣйствительно, разсматривая каждаго изъ соуправомоченныхъ и сообязанныхъ, какъ представителя остальныхъ т.-е. предоставляя каждому изъ участниковъ нераздѣльнаго правоотношенія право заключать третейскій договоръ, мы открываемъ просторъ злоупотребленіямъ; напр. одинъ изъ соучастниковъ, заключая съ противникомъ третейскій договоръ, входитъ въ стачку противъ остальныхъ участниковъ; рѣшеніе постановляется противъ послѣднихъ и они быть можетъ лишаются несомнѣннаго права. Третейскій договоръ, заключенный однимъ нераздѣльно соуправомоченныхъ или сообязанныхъ можетъ распространять свою силу на остальныхъ только въ такомъ случаѣ, когда первый уполномоченъ послѣдними на заключеніе этого договора.

Мы уже сказали выше, что изъ договора третейскаго вытекаетъ рядъ правъ и обязанностей сторонъ. Одна изъ главныхъ есть обязанность истца не предъявлять иска въ государственный судъ [3]); онъ отказывается отъ права своего, по крайней мѣрѣ на время, прибѣгать къ защитѣ суда [4]). При нарушеніи этой-то обязанности отвѣтчикъ вправѣ возразить противъ предъявленнаго къ нему въ государственномъ судѣ иска, что судъ не долженъ разсматривать данный споръ, ибо онъ подлежитъ разрѣшенію третейскаго суда. Но чтобы судъ дѣйствительно уклонился отъ разрѣшенія, необходимо убѣдиться, дѣйствительно ли спорное отношеніе, предложенное на разрѣшеніе государственнаго суда, и спорное отношеніе, о которомъ идетъ рѣчь въ третейскомъ договорѣ, т.-е. спорное отношеніе, подлежащее третейскому разбирательству, тождественны. Вотъ, слѣдовательно, когда возникаетъ вопросъ о тождествѣ двухъ спорныхъ отношеній. Но вопросъ этотъ, конечно, можетъ возникнуть не только тогда, когда спорное отношеніе, подлежащее разрѣшенію суда третейскаго, будетъ предложено на разрѣшеніе государственнаго суда, коему оно подсудно въ силу закона,—но также и въ томъ случаѣ, когда оно ему подсудно въ силу пророгаціоннаго договора. Возможенъ, конечно, такой случай, когда на разрѣшеніе даннаго пророгированнаго суда предлагается спорное отношеніе, подлежащее третейскому разбирательству. Говоря это, мы имѣемъ въ виду двѣ комбинаціи, причемъ въ обѣихъ предполагается, что сначала заключены пророгаціонный и третейскій договоры, а затѣмъ предъявляется искъ въ пророгированный судъ. Это — такъ сказать, неизмѣнная величина; измѣняется лишь отношеніе между моментомъ заключенія пророгаціоннаго и моментомъ

---

[1]) L. 4. 5. p. Cod. de recept. 2. 56.

[2]) Windscheid. н. с. т. 2 стр. 135. Byck. н. с. стр. 75.

[3]) Windscheid. н. с., т. 2, стр. 512.

[4]) Мотивы къ ст. 1373 уст. гр. суд. изд. гос. канц., стр. 661.

заключенія третейскаго договора. Такъ, пророгаціонный договоръ можетъ быть заключенъ ранѣе третейскаго, или же сначала можетъ быть заключенъ третейскій договоръ, а послѣ того пророгаціонный и затѣмъ предъявленъ искъ въ государственный судъ; въ обоихъ случаяхъ при предъявленіи иска въ пророгированный судъ, можно сказать, что на разрѣшеніе суда предложено спорное отношеніе, подлежащее третейскому разбирательству. Укажемъ сначала на первую комбинацію. Тутъ возникаетъ коллизія двухъ договоровъ, — пророгаціоннаго, ранѣе заключеннаго и третейскаго, позже заключеннаго или иначе, столкновеніе двухъ силъ, — силы пророгаціоннаго и силы третейскаго договоровъ. Какъ въ томъ случаѣ, когда истецъ и отвѣтчикъ заключили третейскій договоръ, такъ и въ томъ случаѣ, когда пророгаціонный договоръ былъ заключенъ между истцомъ и юридическимъ предшественникомъ отвѣтчика, а третейскій между истцомъ и отвѣтчикомъ, а равно, когда пророгаціонный былъ заключенъ между предшественниками истца и отвѣтчика, а третейскій между ними самими, — коллизія разрѣшается по тѣмъ же правиламъ, по которымъ разрѣшается и коллизія двухъ пророгаціонныхъ договоровъ. Если истецъ предъявитъ искъ въ государственный судъ, компетентный по пророгаціонному договору, то отвѣтчикъ можетъ уклониться отъ отвѣта, ссылаясь на позднѣйшій третейскій договоръ и указывая на тождество спорныхъ отношеній, о которыхъ идетъ рѣчь въ обоихъ договорахъ.

*вв) На разрѣшеніе третейскаго суда предложено спорное отношеніе, подлежащее, по соглашенію сторонъ, разрѣшенію государственнаго суда.*

Этотъ случай есть вторая комбинація, о которой сказано выше. Онъ разрѣшается такимъ образомъ, что пророгаціонный договоръ сохраняетъ свою силу и, слѣдовательно, если истецъ предъявляетъ искъ въ государственный судъ, отвѣтчикъ не можетъ настаивать въ третейскомъ разбирательствѣ. Сначала былъ заключенъ третейскій договоръ, а затѣмъ пророгаціонный; возникаетъ коллизія этихъ двухъ договоровъ или столкновеніе двухъ силъ: третейскаго, ранѣе заключеннаго, и пророгаціоннаго, позже заключеннаго. Если истецъ будетъ настаивать на разрѣшеніе дѣла судомъ третейскимъ, то отвѣтчикъ можетъ ссылаться на пророгаціонный договоръ, такъ какъ первый лишился силы; при этомъ онъ можетъ указать на тождественность споровъ, о коихъ идетъ рѣчь въ обоихъ договорахъ. Коллизія разрѣшается и здѣсь по тѣмъ же правиламъ, какъ и коллизія двухъ пророгаціонныхъ договоровъ, — послѣдній изъ договоровъ, т.-е. пророгаціонный, сохраняетъ свою силу; слѣдовательно компетентнымъ остается судъ государственный.

*гг) На разрѣшеніе третейскаго суда предложено спорное отношеніе, подлежащее разрѣшенію другого третейскаго же суда.*

Этотъ случай коллизіи двухъ третейскихъ договоровъ или столкновенія двухъ силъ совершенно аналогиченъ съ предыдущимъ.

*б) На разрѣшеніе даннаго суда предложено спорное отношеніе, уже находящееся на разсмотрѣніи другого суда.*

Сюда относятся слѣдующіе случаи:

*аа) На разрѣшеніе государственнаго суда предложено спорное отношеніе, уже находящееся на разсмотрѣніи другого государственнаго суда.*

Въ этомъ случаѣ рождается вопросъ о тождествѣ двухъ спорныхъ отношеній: спорнаго отношенія, предложеннаго на разрѣшеніе суда и спорнаго отношенія, находящагося уже на разрѣшеніи суда. Спрашивается, когда же, съ какого момента спорное отношеніе считается уже находящимся на разсмотрѣніи суда. Повидимому, вопросъ простой, да и отвѣтъ то же: — съ того момента, когда судъ принялъ споръ къ своему разсмотрѣнію. Но обращаясь къ теоріи процесса, мы находимъ, что вопросъ этотъ съ давнихъ временъ является однимъ изъ самыхъ трудныхъ, въ виду трудности точнаго опредѣленія указаннаго момента и вопросомъ въ новѣйшее время спорнымъ. Господствующее

мнѣніе признаетъ, что споръ считается уже находящимся на разсмотрѣніи суда, т.-е. процессъ считается возникшимъ, съ момента установленія, засвидѣтельствованія спорнаго состоянія, съ момента litis contestatio. Но что такое litis contestatio, имѣетъ ли она въ настоящеее время какое-либо значеніе? Это вопросъ спорный. Іерингъ совершенно вѣрно объясняетъ происхожденіе litis contestatio. Въ Римѣ, какъ и вездѣ, былъ періодъ (древнѣйшій) самоуправнаго осуществленія права. Вездѣ рано или поздно сказывается потребность въ улаженіи спорныхъ отношеній менѣе суровымъ путемъ, чѣмъ самоуправство; но потребность эта удовлетворяется различными средствами; обыкновенно наступаетъ періодъ вмѣшательства авторитета установившейся, пришедшей къ сознанію своихъ задачъ, государственной власти. Древній Римъ, однако, выработалъ еще промежуточную стадію, а именно, миролюбивое окончаніе спора путемъ особаго договора, litis contestatio; въ силу этого, говоря языкомъ позднѣйшихъ временъ, третейскаго договора стороны поручали разрѣшеніе ихъ спора третьему лицу. Этотъ судья не былъ облеченъ властью, онъ только говорилъ, кто правъ, кто не правъ. Слѣдовательно, это судья не былъ еще судьею въ новѣйшемъ смыслѣ; въ наше время процессъ есть враждебное отношеніе, тутъ — онъ результатъ миролюбиваго соглашенія. Не будь этого договора, истецъ имѣлъ-бы полное право дѣйствовать собственною силою. Договоръ его удерживаетъ; въ силу договора онъ отказывается отъ права дѣйствовать силою; но если отвѣтчикъ не исполнитъ своей обязанности, не предстанетъ на судъ, то истецъ вправѣ нарушить договоръ и дѣйствовать силою. Договоръ этотъ заключался торжественно, въ присутствіи свидѣтелей и лица, избраннаго судьею. Стороны могли обращаться не только къ частному, но и къ должностному лицу, обладающему знаніемъ права; сначала лицо это въ принятіи роли судьи видѣло дѣло чести, а затѣмъ уже обязано было ее принять. Могло случиться, что избранное судьею должностное лицо, обремененное дѣлами, предлагало за себя въ роли судьи другое лицо [1]); благодаря этому, два лица исполняли судейскія обязанности и образовались двѣ стадіи процесса,—in jure и in judicio. Изъ изложеннаго можно-бы вывести заключеніе, что по исчезновеніи въ Римѣ самоуправнаго осуществленія права и litis contestatio потеряло значеніе; процессъ in jure всегда происходилъ передъ должностнымъ лицомъ,—государство взяло, въ значительной мѣрѣ, дѣло отправленія правосудія въ свои руки; рѣшеніе уже не могло быть одною sententia, а обладало принудительною силою. Почвы, слѣдовательно, для договора litis contestatio не было. На самомъ дѣлѣ мы видимъ не то. Litis contestatio сохранилась хотя и не въ смыслѣ договора; конечно, не было надобности, какъ прежде, призывать свидѣтелей, объ нихъ даже не упоминалось [2]). Во время процесса per formulas сохранились двѣ стадіи процесса—in jure и in judicio; первое происходило всегда передъ преторомъ, второе — передъ судьею. Litis contestatio въ общемъ порядкѣ, при ordinarium judicium было удостовѣряемо передъ преторомъ; слѣдовательно, in jure удостовѣрялось, что спорное отношеніе таково, что судья можетъ приступить къ разбирательству [3]). Обѣ стороны обязательно являлись къ претору. О договорномъ отношеніи, установляемомъ передъ преторомъ, уже не могло быть рѣчи—несомнѣнно, что стороны передъ нимъ уже состязались, но споренъ вопросъ, какое это было состязаніе? По господствующему мнѣнію это было состязаніе по существу дѣла, съ цѣлью только установленія спорныхъ пунктовъ, т.-е. формулированія иска. Новѣйшее изслѣдованіе Бюлова, однако, опровергаетъ это мнѣ-

---

[1]) Ihering-Geist des röm. Rechts (3 изд.) B. 1. § 12.

[2]) Savigny н. с. т. VI, стр. 11.

[3]) Ibid, стр. 9.

ніе. Бюловъ доказываетъ, что преторъ лишь провѣрялъ наличность условій возникновенія процессуальнаго отношенія, т.-е. констатировалъ свою компетентность, правоспособность судьи, сторонъ и представителей, принадлежность иска къ числу спорныхъ гражданскихъ отношеній и такъ далѣе. Господствующее мнѣніе взглянуло на стадію in jure, какъ на предварительное состязаніе по существу потому, что въ формулѣ уже формулировался искъ. Бюловъ справедливо указываетъ на ошибочность этого вывода; изъ того, что изъ всѣхъ условій возникновенія процессуальнаго отношенія только принадлежность иска къ числу гражданскихъ могла быть упомянута въ формулѣ, нельзя выводить, что преторъ только и дѣлалъ, что формулировалъ споръ; на остальныя условія не указывалось въ формулѣ потому, что они не поддавались формулировкѣ. Litis contestatio, говоритъ Бюловъ, была результатомъ разносторонняго, исчерпывающаго состязанія и рѣшенія по такимъ вопросамъ, которые вновь не могли подлежать обсужденію; это былъ моментъ, въ который органъ государственной власти, по надлежащемъ контролированіи, признавалъ, что споръ или долженъ быть разрѣшенъ судьею или подлежитъ устраненію [1]). Таковымъ несомнѣнно была litis contestatio при разсмотрѣніи дѣла обыкновеннымъ порядкомъ, при ordinarium judicium. Но какое значеніе оно имѣло при производствѣ дѣла extra ordinem, при extra ordinarium judicium? Вопросъ очень важный, ибо скоро наступило время, когда этотъ исключительный порядокъ сталъ общимъ. Если смотрѣть на дѣло непредубѣжденнымъ взглядомъ Бюлова, то о litis contestatio при extraord. judicium, въ смыслѣ начальнаго акта процесса, не можетъ быть и рѣчи. Самые ярые приверженцы взгляда на litis contestatio какъ на вѣчный институтъ, напримѣръ Савиньи, сами сознаются, что, такъ какъ въ виду важныхъ юридическихъ послѣдствій, связанныхъ съ litis constestatio и здѣсь (т.-е при extra ord. judicium) его нельзя было избѣжать, то нужно было отыскать моментъ наиболѣе аналогичный моменту формальной litis contestatio [2]). Императоры Северъ и Антонинъ въ конституціи 202 г. и указали на такой моментъ, а именно: lis enim tunc contestata videtur quum judex per narrationem negotii causam audire coeperit. Выходитъ, что litis contestatio, по аналогіи, искусственно создается (въ виду связанныхъ съ ней послѣдствій), причемъ берется тотъ моментъ, когда стороны вполнѣ высказали передъ преторомъ свои притязанія и возраженія. Созданіе, очевидно, искуственное, оправдываемое только практическимъ мотивомъ, ради котораго оно создано. Искать въ немъ другихъ, внутреннихъ основаній, видѣть въ немъ нѣчто логически неизбѣжное, вѣчное, едва ли основательно. Тѣмъ не менѣе въ наукѣ мы находимъ именно это воззрѣніе. Такъ Ветцель [3]), Рено [4]), Альбрехтъ [5]) и другіе придаютъ litis contestatio неизмѣнно логическое значеніе въ смыслѣ акта, благодаря которому стороны своими заявленіями,—одна о своемъ правѣ, другая объ отрицаніи этого права—дѣлаютъ для суда внѣ сомнѣнія наличность спора. Выходитъ такъ, что судъ не можетъ разрѣшить спора, не будучи убѣжденнымъ въ томъ, прежде всего, что споръ имѣетъ мѣсто,—до фактовъ, обосновывающихъ или парализующихъ искъ, ему, до поры до времени, еще дѣла нѣтъ,—эти факты предъявляются впослѣдствіи—для начала процесса важны лишь голыя заявленія сторонъ. Противъ этой крайней, неимѣющей реальной почвы, абстракціи можно лишь возразить то, что сказалъ про нее Савиньи [6]): что отъ такого момента про-

---

[1]) Bülow, Fictionen стр. 285—296.
[2]) Savigny н. с. т. VI стр. 16.
[3]) Wetzell н. с. стр. 117.
[4]) Renaud н. с. стр. 165.
[5]) Albrecht—Die Exceptionen des gemeinen Civilrechts 1859. Berlin. S. 186.
[6]) Saviguy н. с. т. VI стр. 42.

цесса никакихъ выгодъ ожидать нельзя, онъ только затягивалъ бы процессъ; связать съ нимъ какія-либо практическія послѣдствія невозможно. И дѣйствительно, какое значеніе можетъ имѣть актъ, состоящій въ томъ, что истецъ заявляетъ, что право его нарушено, а отвѣтчикъ—что онъ отрицаетъ право истца—голыя заявленія безъ указанія фактовъ правопроизводящихъ даже немыслимы. Съ другой стороны, весьма распространено упомянутое выше мнѣніе, высказываемое Савиньи [1]), Келлеромъ [2]) и другими, что litis contestatio есть первоначальное состязаніе сторонъ, въ которомъ выясняются факты, приводимые сторонами, т.-е. опредѣляется спорный пунктъ. Согласно этому мнѣнію въ процессѣ до рѣшенія мы видимъ двѣ стадіи *состязанія* (Verhandlung): первая заканчивается опредѣленіемъ спорныхъ пунктовъ—это litis contestatio, вторая—разрѣшеніемъ спорнаго пункта; судъ въ этой стадіи, какъ говоритъ Биркмайеръ, занятъ тѣмъ, *какъ* разрѣшить опредѣлившійся спорный пунктъ. Это воззрѣніе есть воспроизведеніе упомянутаго нами взгляда римлянъ на litis contestatio при extraord. judic. О негодности его для современнаго процесса не можетъ быть и сомнѣнія. Рѣзко формальное разграниченіе отдѣльныхъ стадій процесса противно духу современныхъ законодательствъ; состязанія по опредѣленію спорнаго пункта и по разрѣшенію спора сливаются нынѣ воедино. Странно было бы сказать, что устный процессъ, напр., въ нашемъ мировомъ судѣ, не считается еще начавшимся въ самый разгаръ состязанія, когда судья опредѣляетъ спорный пунктъ; иногда этотъ спорный пунктъ выясняется въ самомъ концѣ состязанія и тогда, слѣдовательно, моментъ превращенія спора совпадаетъ съ моментомъ возникновенія его. Но нѣкоторые ученые, напр., Биркмайеръ [3]), Тардифъ [4]), Боатаръ [5]) и др., придерживаются средняго мнѣнія. Главное значеніе въ смыслѣ начальнаго момента процесса они придаютъ установленію судьею наличности спора и находятъ этотъ моментъ въ началѣ состязанія, когда состязаніе, plaidoirie, Verhandlung, *началось*. Спрашивается: а какъ быть когда состязаніе вовсе не началось, т.-е. его не было за отсутствіемъ отвѣтчика? Ставя этотъ вопросъ, переходимъ, дабы отвѣтить на него, къ разсмотрѣнію того положенія, которымъ Бюловъ [6]) опровергаетъ значеніе litis contestatio для современнаго процесса. О litis contestatio можно говорить лишь тогда, когда вступленіе въ процесъ для отвѣтчика безусловно обязательно. При этомъ условіи, т.-е. при явкѣ обѣихъ сторонъ, дѣйствительно для суда внѣ сомнѣнія, что споръ имѣлъ мѣсто, да и состязаніе возможно. Но какъ быть, когда отвѣтчикъ не является? Тутъ, съ одной стороны, неизвѣстно оспариваетъ ли онъ требованіе истца, съ другой, состязанія вовсе не происходитъ. Чтобы быть послѣдовательными, ученые, придающіе значеніе litis contestatio, въ этомъ смыслѣ должны были сказать, что въ отсутствіе отвѣтчика процессъ возникнуть не можетъ. Но сказать это они не рѣшились, ибо это равносильно упраздненію суда и водворенію полнаго безправія. Они изобрѣли фикцію, фиктивное вступленіе отвѣтчика въ процессъ. Ложь была выдана за истину; то, чего нѣтъ, было завѣдомо признано существующимъ; данное явленіе (неявка), какъ говоритъ Бюловъ, должно было оказывать дѣйствіе явленія противоположнаго (явки). Несмотря на неявку отвѣтчика, явка его фингируется, процессъ возникаетъ и влечетъ за собою извѣстныя юридическія послѣдствія. Но всякая фикція должна

---

1) Ibid. т. VI стр. 9.
2) Keller н. с. стр. 63; Его же: Der röm. Civilprocess (5 изд.) стр. 282—235—245.
3) Birkmayer, н. с. стр. 72.
4) Tardif—Etudes sur la Litis contestatio en droit Romain. Paris 1881 p. 319.
5) Boitard, н. с. т. I, стр. 370.
6) Bülow, Fictionen, стр. 11—27.

имѣть какое-либо вѣское оправданіе. Чѣмъ же оправдать эту фикцію явки отвѣтчика? Мы понимаемъ римлянъ съ ихъ крайнимъ консерватизмомъ, римлянъ, создавшихъ дѣйствительную litis contestatio и желавшихъ сохранить такъ или иначе свой родной, національный институтъ; они вправѣ были назвать извѣстную стадію процесса старымъ именемъ и связать съ нею извѣстныя юридическія послѣдствія. Но для насъ-то въ настоящее время какую цѣну имѣетъ litis contestaiio съ ея неизбѣжною фикціею? Мы полагаемъ, что никакой. Изъ приводимыхъ оправданій ея заслуживаютъ вниманія два: 1) litis contestatio необходима для устраненія невыгодныхъ для истца послѣдствій, проистекающихъ отъ неизбѣжной продолжительности процесса—рѣшеніе суда имѣетъ обратную силу къ моменту litis contestatio: истцу предоставляется то, что ему причиталося бы, если бы рѣшеніе было постановлено въ моментъ litis contestatio [1]) и 2) litis contestatio необходима, какъ моментъ, съ котораго обѣ стороны, истецъ и отвѣтчикъ, связаны—истецъ не можетъ взять искъ обратно [2]). Что касается перваго оправданія, то и безъ litis contestatio надлежащимъ образомъ гарантируется интересъ истца въ виду продолжительности процесса; эти гарантирующія средства совершенно не зависятъ отъ litis contestatio; это видно изъ того, что то или другое изъ этихъ средствъ связывается съ различными моментами процесса, напр. исчисленіе процессуальныхъ процентовъ по римскому праву начиналось съ litis contestatio, а напр. по нашему праву начинается съ предъявленія иска, по австрійскому—съ извѣщенія объ искѣ. Словомъ, дѣло тутъ вовсе не въ litis contestatio, а въ самихъ гарантирующихъ средствахъ, съ какимъ бы моментомъ процесса они ни были связаны; римское право переносило силу судебнаго рѣшенія къ моменту litis contestatio, современныя законодательства,—къ другому. Относительно же второго оправданія надо замѣтить, что запрещеніе брать искъ обратно не есть нѣчто такое, что имѣетъ рѣшающее значеніе въ вопросѣ о значеніи ltiis contestatio, да къ тому же еще вопросъ, насколько раціонально со стороны законодателя запрещать взятіе иска обратно. Доводы, обыкновенно въ пользу его приводимые, весьма сомнительнаго свойства. Такъ, Клейншродъ [3]) говоритъ, что интересъ отвѣтчика заключается въ томъ, чтобы разъ предъявленный искъ былъ разрѣшенъ; напр., если истецъ потребовалъ менѣе, чѣмъ слѣдуетъ, то отвѣтчикъ заинтересованъ въ томъ, чтобы судъ присудилъ это меньшее; если же позволить истцу взять искъ обратно, то онъ, взявъ его, предъявитъ искъ въ надлежащемъ размѣрѣ, что противно интересу отвѣтчика. Положимъ интересъ отвѣтчика тутъ внѣ сомнѣнія, но можетъ ли онъ быть признанъ законнымъ? Едва ли, ибо процессъ не азартная игра, не средство поживиться на счетъ оплошности или промаховъ противника. Точно также неоснователенъ и другой доводъ этого ученаго, будто позволеніе брать искъ обратно противно началу равенства сторонъ: отвѣтчикъ обязанъ отвѣчать по иску, и истецъ долженъ продолжать процессъ [4]). На это можно возразить, что никакое равенство тутъ не можетъ быть проведено съ полною абсолютностью, ибо а) интересы истца и отвѣтчика различны и б) истецъ имѣетъ право, а отвѣтчикъ обязанъ вступить въ процесъ. Наконецъ, третій доводъ, приводимый Байеромъ, заключается въ томъ, что предоставленіе истцу права брать искъ обратно отразилось бы невыгодно на положеніи отвѣтчика въ томъ смыслѣ, что лишило бы его возможности воспользоваться извѣстными выгодами начав-

---

[1]) Savigny, н. с. т. VI. стр. 34—35.

[2]) Rauter—Cours de proced. civile Paris 1880. p. 59. См. также Boitard. н. с. стр. 370—371 „l. c. est un quasi contrat".

[3]) Kleinschrod—Klagänderung стр. 68.

[4]) Ibid. стр. 69.

шагося процесса напр. признаніемъ истца [1]). На это можно возразить, что отвѣтчикъ вовсе не лишается этихъ выгодъ; признаніемъ истца онъ можетъ воспользоваться и въ будущемъ процессѣ, хотя и въ видѣ внѣ судебнаго. Намъ кажется, что истцу должно быть предоставлено право взять искъ обратно во всякое время; но если отвѣтчикъ терпитъ убытки отъ этого, то ему должно быть предоставлено широкое право на вознагражденіе. Наконецъ, обязанность истца вносить впередъ судебныя пошлины удержитъ его отъ злоупотребленія своимъ правомъ. Но въ виду того, что современныя законодательства, напр., французское [2]), германское [3]) и др. запрещаютъ взятіе иска обратно, послѣ Verhandlung zur Hauptsache, plaidoirie, спрашивается можно ли изъ этого выводить признаніе этими законодательствами litis contestatio. Конечно, если называть эти Verhandlung, plaidoirie, litis contestatio, то это вѣрно, но мы не видимъ основанія выводить изъ того, что съ Verhandlung, plaidoirie нельзя брать иска обратно то, что именно этотъ моментъ есть начало процесса: процессъ можетъ быть давно уже начатъ до этого момента, послѣдній только является моментомъ, до котораго можно взять искъ обратно.

Вообще видѣть начало процесса въ томъ или другомъ моментѣ, слѣдующемъ за предъявленіемъ иска, думается, большая ошибка, бросающаяся въ глаза въ разсужденіяхъ каждаго изъ приверженцевъ этого мнѣнія. Казалось бы, если litis contestatio есть начало процесса, то всѣ предшествующіе ей акты, моменты не могутъ имѣть юридическаго значенія. Согласитесь, что до начала процесса еще нѣтъ процесса; все, что предшествуетъ ему, еще не есть процессъ. Между тѣмъ, мы видимъ то поразительное явленіе, что моменты, предшествующіе началу процесса, имѣютъ въ высшей степени важное значеніе, какъ начальные акты процесса. Выходитъ такъ, что процессъ съ одной стороны есть, а съ другой, что его нѣтъ. Возьмемъ, напр., Канштейна. Онъ перечисляетъ всѣ матеріально-правовыя и процессуальныя послѣдствія: 1) предъявленія иска, 2) извѣщенія отвѣтчика и 3) litis contestatio [4]). Такъ что, по его мнѣнію, напримѣръ, до начала процесса давность прерывается, искъ не можетъ быть измѣненъ, искъ не можетъ быть предъявленъ въ другой судъ и т. п. Или возьмемъ Ветцеля: онъ считаетъ litis contestatio двустороннимъ актомъ и связываетъ юридическія послѣдствія не только этимъ актомъ, но и съ отдѣльными актами, изъ коихъ онъ слагается [5]).

Въ виду изложенныхъ соображеній, намъ кажется, что мнѣніе Бюлова, что litis contestatio нынѣ не имѣетъ никакого значенія, совершенно вѣрно. Спрашивается, съ какого же момента процессъ считается начавшимся, возникшимъ? Бюловъ [6]), а изъ нашихъ юристовъ гг. Побѣдоносцевъ [7]), Мулловъ [8]) и Анненковъ [9]), совершенно вѣрно признаютъ началомъ процесса моментъ предъявленія иска. Каждый изъ послѣдующихъ моментовъ: извѣщеніе объ искѣ, состязаніе по дѣлу и т. д. имѣютъ свои опредѣленныя весьма важныя юридическія послѣдствія, но не одинъ изъ нихъ не есть начало процесса. Слѣдовательно, если мы сказали, что вопросъ о тождествѣ двухъ спорныхъ отношеній рождается въ томъ случаѣ, когда на разрѣшеніе суда предложено

---

1) Bayer. н. с. стр. 552.
2) C. de pr. c. art. 343.
3) C. Pr. Ord. § 243.
4) Canstein н. с. т. стр. 117, 123 и сл.
5) Wetzell, н. с. т. II, стр. 27—35.
6) Bülow, н. с. стр. 22.
7) Побѣдоносцевъ. Курсъ гражд. права, т. I стр. 178.
8) Мулловъ, рец. въ журн. гражд. и угол. права 1874, кн. 5, стр. 252.
9) Анненковъ, н. с. т. I. стр. 29[illegible].

спорное отношеніе, уже находящееся на разсмотрѣніи другаго суда, то это слѣдуетъ понимать въ томъ смыслѣ, что вопросъ о тождествѣ возникаетъ при предложеніи на разрѣшеніе государственнаго суда спорнаго отношенія, съ просьбою о разсмотрѣніи котораго истецъ уже обратился къ другому государственному суду. Это состояніе послѣдняго спорнаго отношенія называется Rechtshängigkeit, Litispendenz; lis какъ говорятъ римляне, pendet. Эта Litispendenz имѣетъ то значеніе, что ею исключается новый тождественный споръ. Истецъ, начавъ разъ процессъ, уже лишается права предъявить искъ вновь въ другой судъ; въ виду же различія воззрѣній ученыхъ на моментъ, съ котораго процессъ считается начавшимся, одни считаютъ одно предъявленіе перваго иска достаточнымъ, чтобы другой искъ былъ исключенъ, другіе требуютъ еще litis contestatio. Иначе говоря, одни, напр., Бюловъ [1]), Швальбахъ [2]), придаютъ силу акту предъявленія иска; другіе, напр., Рено [3]), Канштейнъ [4]) — litis contestatio. Эта *законная сила* и заключается въ томъ, что исключается возможность разрѣшенія того же спора другимъ судомъ. Съ этимъ актомъ, слѣдовательно, связаны извѣстныя права и обязанности сторонъ: обязанность истца не предъявлять иска въ другой судъ, право отвѣтчика уклониться отъ отвѣта въ другомъ судѣ. Эту законную силу можно назвать консумирующею, — но никакъ не въ томъ смыслѣ, что разъ начатый процессъ абсолютно исключаетъ возможность предъявленія иска, даже если искъ не будетъ разрѣшенъ, а только устраненъ. Справедливо замѣчаетъ Эндеманъ [5]), что консумирующее значеніе litis contestatio заключается исключительно въ томъ, что тождественный искъ вновь предъявленъ быть не можетъ, пока дѣло находится на разрѣшеніи другаго суда.

Обратимся къ современнымъ законодательствамъ. Германское право нынѣ стало на вѣрную почву. Прежнее общегерманское требовало, чтобы первый искъ не только былъ предъявленъ, но и чтобы уже наступила litis contestatio [6]), т.-е. чтобы отвѣтчикъ уже заявилъ отрицаніе право истца, или пропустилъ срокъ этого заявленія, т.-е. чтобы наступило litis contestatio, дѣйствительная или фиктивная; лишь при этомъ условіи отвѣтчикъ могъ устранить искъ. Уставъ 1877 г., признавъ это условіе излишнимъ, установилъ то правило, что lis pendet съ момента предъявленія иска [7]). Нашъ уставъ даетъ весьма широкое правило, а именно онъ не говоритъ, что lis pendet съ момента предъявленія иска, а требуетъ лишь для Litispendenz, чтобы дѣло производилось, т.-е. находилось въ производствѣ, а дѣло считается находящимся въ производствѣ со времени предъявленіи иска [8]). Иного взгляда держатся австрійское и французское право. Австрійскій кодексъ постановляетъ, что Litispendenz устанавливается съ момента извѣщенія отвѣтчика [9]); тоже самое выставляетъ и французская теорія. Code de pr. civile не даетъ на этотъ счетъ прямыхъ указаній и тѣмъ самымъ открываетъ широкое поле толкованію. Исходя изъ того, что Code de pr. civile признаетъ началомъ процесса litis contestatio, а именно признаетъ, что l'affaire sera en état lorsque la plaidoirie sera commen-

---

[1]) Bulow н. с. стр. 22.

[2]) Schwalbach — Über Rechtshängigkeit und fo melle Rechtskraft въ Arch f. civil. Praxis 1881. B. 64, S. 269.

[3]) Canstein н. с. т. II стр. 27.

[4]) Renaud. н. с. стр. 164.

[5]) Endemann н. с. стр. 404 пр. 47.

[6]) Franck — Über den Begriff der Litispendenz im Civilprocess въ Arch. fur die civil.

[7]) C. Pr. Ord. § 235.

[8]) Уст. гр. суд. ст. 571.

[9]) Ost. Ger. Ord. § 40, см. Canstein н. с. т. II стр. 32.

cée... или quond l'instruction (par écrit) sera complete" [1]) можно бы было заключить, что litispendence начинается съ этого момента. Между тѣмъ, ни слова закона, ни мнѣнія ученыхъ, этого не подтверждаютъ. Такъ, art. 171 требуетъ лишь отъ иска, находящагося en litispendence, чтобы онъ былъ formé en un . . . tribunal. Боатаръ поясняетъ это такимъ образомъ: чтобы другой судъ былъ deja saisi de la . . . demande, что Кольме-Дажъ дополняетъ замѣчаніемъ, что требуется извѣщеніе отвѣтчика, exploіs d'ajournement [2]). Бонье поясняя ст. 171, говоритъ, что необходимо, чтобъ и la demande soit formée, cest a dire introduite par assignatio au par requete [3]). Такъ что можно сказать: по французскому праву искъ считаегся pendent съ момента извѣщенія отвѣтчика. Словомъ, и по австрійскому, и по французскому праву вопросъ о тождествѣ спорныхъ отношеній еще не можетъ возникнуть, когда два иска предъявлены въ разные суды; для этого необходимо, чтобы одинъ искъ былъ предъавленъ, а о другомъ, кромѣ того, былъ еще извѣщенъ отвѣтчикъ.

Но спрашивается: до какого момента продолжается эта Litispendenz, это нахожденіе дѣла на разсморѣніи суда? Вопросъ этотъ имѣетъ весьма важное значеніе въ томъ случаѣ, когда exceptio rei judicatae влечетъ за собою отказъ въ искѣ, absolutio ab actione, a exceptio litis pendentis — прекращеніе производства, absolutio ab instantia. Въ этомъ случаѣ очень важно знать, до какого момента можно предъявить exceptio litis pendentis, и съ какого момента нужно предъявить не ее, а exceptio rei judicatae. Но если послѣдствія обоихъ возраженій одинаковы, то и важность точнаго разграниченія значительно умаляется. Въ виду принимаемаго нами безразличія послѣдствій этихъ возраженій, скажемъ лишь пару словъ по поводу поставленнаго вопроса: моментъ, до котораго можетъ быть предъявлена exc. l. pend. есть моментъ вступленія рѣшенія въ законную силу, такъ что если рѣшеніе и постановлено, но срокъ обжалованія еще не истекъ, новый тождественный искъ исключается путемъ предъявленія не exceptio rei judicatae, a exceptio litis pendentis.

Права и обязанности, вытекающія изъ факта предъявленія иска или извѣщенія отвѣтчика тѣснѣйшимъ образомъ связаны съ правомъ иски, а это, въ свою очередь—съ тѣмъ матеріальнымъ правомъ, которое является поводомъ иска. Кому принадлежитъ данное матеріальное право, тому принадлежитъ и право иска, тотъ и связанъ тою обязанностью, которая вытекаетъ изъ факта предъявленія иска или извѣщенія отвѣтчика. Если такъ, то характеръ матеріальнаго права, а именно, преемственность или непреемственность, раздѣльность или нераздѣльность, долженъ отразиться на этой обязанности и на (соотвѣтствующемъ) правѣ. Если преемственно данное спорное право, а слѣдовательно и обязательство, то преемственны и обязанность непредъявлять иска въ другой судъ и право оклониться отъ отвѣта въ другомъ судѣ; съ переходомъ этого же права и этой же обязанности mortis causa или актомъ inter vivos, переходятъ и искъ и отвѣтъ по иску; если истецъ былъ обязанъ не предъявлять иска въ другой судъ, то и на юридическомъ преемникѣ его лежитъ эта обязанность; если отвѣтчикъ имѣетъ право противиться предъявленію истцомъ иска въ другой судъ, то это право принадлежитъ и его юридическому преемнику. Это прямой выводъ изъ того общепризнаннаго положенія, что право иска можетъ переходить *во время процесса* отъ лица къ лицу, т.-е., иначе говоря, во время процесса могутъ переходить къ другому лицу процессуальныя права и обязанности. Затѣмъ, что касается случаевъ нераздѣльности правъ и обязанностей нѣсколькихъ лицъ, то право иска и

---

[1]) Code de pr. c. art 343.

[2]) Boitard н. с. т. стр. 331, 332 пр. I.

[3]) Bonnier н. с. стр. 161—162.

отвѣтъ по иску и обязанность не предъявлять искъ уже разъ предъявленный и право уклоняться отъ отвѣта по этому иску—принадлежитъ всѣмъ сообязаннымъ и соуправомоченнымъ. Если одинъ изъ самоуправомоченныхъ предъявилъ искъ, то тѣмъ, конечно, исключается возможность предъявленія иска о томъ же правѣ другимъ соуправомоченнымъ противъ того же отвѣтчика; соуправомоченный можетъ присоединиться какъ соучастникъ къ первоначальному истцу. Точно также привлеченіе къ отвѣту одного изъ сообязанныхъ исключаетъ необходимость привлекать къ отвѣту другого сообязаннаго. Каждый истецъ привлекаетъ отвѣтчика за всѣхъ остальныхъ; каждый отвѣтчикъ отвѣчаетъ за всѣхъ остальныхъ. Словомъ, и права и обязанности, вытекающія изъ факта предъявленія иска или извѣщенія отвѣтчика, также нераздѣльны. Какъ бы яснымъ ни представлялось намъ подобное рѣшеніе вопроса, однако, въ теоріи съ нимъ соединенъ одинъ изъ самыхъ спорныхъ, затруднительныхъ вопросовъ. Это-то и есть собственно вопросъ о консумирующемъ значеніи litis contestatio при корреалитетѣ. Такъ Сиваньи [1]) и Келлеръ [2]) признаютъ консумирующее, прекращающее значеніе litis constetatio по отношенію къ корреалитету только въ древнемъ до-юстиніановомъ правѣ. Тогда, говоритъ Савиньи, искъ, предъявленный однимъ совѣрителемъ, дѣлалъ уже невозможнымъ предъявленіе иска другимъ; предъявленіе иска противъ одного изъ содолжниковъ исключало возможность предъявленія иска противъ остальныхъ. Но въ новѣйшемъ правѣ эта консумція уже не признаетея. Съ конституціи Императора Юстиніана 531 г. начинается ея вытѣсненіе; то мѣсто источниковъ, которое даетъ поводъ думать, что консумирующая сила litis constestatio еще сохранилась въ позднѣйшемъ правѣ, является ничѣмъ инымъ, какъ опискою комментаторовъ. Другіе ученые, напр., Арндтсъ [3]), Пухта [4]), Виндшейдъ [5]) стоятъ за то, что консумирующая сила litis contestatio сохранилась и въ новѣйшемъ правѣ. Ихъ доводы совершенно основательны, но по отношенію къ римскому праву. Такъ Арндтсъ говоритъ, что Савиньи напрасно ссылается на описки комментаторовъ; многія мѣста источниковъ до очевидности ясно и рѣщительно высказываются въ пользу консумціи. Оба только что названные ученые согласны лишь въ томъ, что въ новѣйшемъ римскомъ правѣ уже не признавалась консумирующая сила litis contestatio по отношенію къ пассивному корреалитету. Они правы. Уже одна вышеназванная конституція Юстиніана не даетъ основанія признать консумирующую силу litis contestatio въ абсолютномъ смыслѣ. Арндтсъ, возражая Савиньи, совершенно вѣрно замѣчаетъ, что взглядъ послѣдняго на непризнаніе консумціи въ новѣйшемъ правѣ и относительно активнаго корреалитета противенъ существу корреалитета. Намъ кажется, что то же самое можно сказать Арндтсу относитально того пункта, въ которомъ онъ соглашается съ Савиньи, т.-е. относительно пассивнаго корреалитета. Конечно, онъ стоитъ на почвѣ римскаго права, но какъ видно отрицаетъ консумирующее значеніе litis contestatio относительно пассивнаго корреалитета и для современнаго права. Есть ли логическое основаніе признавать это значеніе относительно активнаго и не признавать относительно пассивнаго корреалитета? Не видимъ никакого. Новѣйшій изслѣдователь корреалитета Рикъ [6]) послѣдовательнѣе Арндтса—онъ признаетъ безусловное консумирующее значеніе litis contestatio для корреалитета и консти-

---

[1]) Savigny—Das Obligationenrecht B. 1 S. 49.
[2]) Keller—н. с. S. 49.
[3]) Arndts—н. с.§ 171 пр. 4.
[4]) Puchta. Jnstutitionen § 235.
[5]) Windscheid. н. с. т. II § 296. пр. I.
[6]) Ryck. н. с. стр. 69—72.

туціи 531 с. придаетъ чисто позитивное значеніе, значеніе закона, коимъ въ Римѣ была отмѣнена консумирующая сила litis contestatio только для пассивнаго корреалитета.

Современныя законодательства умалчиваютъ о консумирующемъ значеніи litis contestatio или, вѣрнѣе, о таковомъ значеніи предъявленія иска или извѣщенія о немъ отвѣтчика при нераздѣльныхъ правоотношеніяхъ. Истолкователи ихъ, нерѣдко стоя на точкѣ зрѣнія Савиньи, отрицаютъ консумирующее значеніе этихъ актовъ; напр. Ферстеръ [1]) отрицаетъ его по отношенію къ прусскому праву, но тутъ-же этотъ ученый указываетъ на случай изъ практики (какъ видно, соглашаясь съ его разрѣшеніемъ), въ которомъ судъ высказалъ, что кредиторъ не можетъ одновременно искать съ нѣсколькихъ содолжниковъ весь предметъ; ошибка Ферстера и другихъ кажется заключается въ томъ, что они понимаютъ консумирующую силу litis contestatio какъ силу навсегда , безусловно погашающую право. Съ этой точки зрѣнія они правы: современному праву чуждъ взглядъ на предъявленія иска или извѣщеніе отвѣтчика, какъ на акты, окончательно рѣшающіе судьбу даннаго права. Но ученые эти не правы, если понимать консумцію въ смыслѣ Эндемана. Вообще относительно современныхъ законодательствъ надо замѣтить, что отсутствіе прямыхъ указаній даетъ лишь основаніе признать консумирующую въ упомянутомъ смыслѣ, силу актовъ, коими открывается процессъ.

Въ виду изложеннаго можно сказать, что права и обязанности сторонъ, вытекающія изъ факта предъявленія иска или извѣщенія отвѣтчика распространяютъ свою силу и на юридическихъ преемниковъ тяжущихся или на лицъ, имѣющихъ съ ними нераздѣльное право или нераздѣльную обязанность.

Что касается, наконецъ, того случая, когда судъ, въ которомъ процессъ начался, компетентенъ въ силу порогаціи, то нужно замѣтить, что совершенно безразлично, будетъ ли судъ этотъ компетентенъ въ силу закона или договора. Въ послѣднемъ случаѣ при новомъ предъявленія иска истецъ нарушаетъ обязанность, лежащую на немъ въ силу не только того факта; что процессъ уже начатъ въ другомъ судѣ, но и въ силу пророгаціоннаго договора, хотя конечно ближайшимъ образомъ обязанность истца основана на *законѣ*.

*бб) На разрѣшеніе государственнаго суда предложено спорное отношеніе, уже находящееся на разсмотрѣніи третейскаго суда.*

Въ этомъ случаѣ вовсе не важно установленіе того момента, съ котораго споръ считается находящимся на разсмотрѣніи третейскаго суда. Онъ считается таковымъ съ момента вступленія въ силу третейскаго договора. На этотъ случай считаемъ нужнымъ лишь указать, ибо можетъ случиться, что во время третейскаго разбирательства истцомъ будетъ предъявленъ искъ въ государственный судъ—тутъ также, какъ и въ томъ случаѣ, когда къ третейскому разбирательству еще не приступлено, а лишь должно быть приступлено, можетъ возникнуть вопросъ о тождествѣ спорнаго отношенія, находящагося уже на разсмотрѣніи третейскаго суда. Этотъ случай совершенно аналогиченъ съ тѣмъ, когда, на разрѣшеніе государственнаго суда предложено спорное отношеніе, подлежащее третейскому разбирательству. И тутъ надо различать, предъявленъ ли искъ, подлежащій третейскому разрѣшенію, въ государственный судъ, компетентный по закону или въ силу пророгаціи, и въ послѣднемъ случаѣ опять двѣ комбинаціи: заключенъ ли пророгаціонный договоръ ранѣе третейскаго, или третейскій—ранѣе пророгаціоннаго. И тутъ коллизія двухъ договоровъ разрѣшается въ пользу позднѣйшаго договора: слѣ-

---

[1]) Förster—в. с. т. I стр. 846.

довательно, если на разрѣшеніе пророгированнаго, ранѣе заключенія третейскаго договора, суда предложено спорное отношеніе, уже находящееся на разрѣшеніи третейскаго суда, то споръ подлежитъ разрѣшенію суда третейскаго, а если на разрѣшеніе пророгированнаго, послѣ заключенія третейскаго договора, суда предложено спорное отношеніе уже находящееся на разрѣшеніи третейскаго суда, то споръ подлежитъ разрѣшенію суда пророгированнаго.

*вв) На разрѣшеніе третейскаго суда предложено спорное отношеніе, уже находящееся на разсмотрѣніи государственнаго суда.*

Тутъ рождается вопросъ такого рода: имѣетъ ли силу третейскій договоръ по дѣлу, находящемуся на разсмотрѣніи государственнаго суда? Когда споръ находится на разсмотрѣніи государственнаго суда въ силу пророгаціоннаго договора, то возникаетъ коллизія третейскаго и пророгаціоннаго договоровъ или столкновеніе силъ этихъ договоровъ. столкновеніе, разрѣшающееся уже извѣстнымъ намъ способомъ: всегда позднѣйшій договоръ остается въ силѣ—ранѣе заключенный теряетъ силу (см. случай *а, вв*). Но какъ быть, если судъ, на разсмотрѣніи коего споръ находится, компетентенъ въ силу закона? Когда обѣ стороны знали, что искъ предъявленъ въ государственный судъ, то третейскій договоръ является соглашеніемъ, коимъ отмѣняется сила акта предъявленія иска въ государственный судъ и третейскій договоръ сохраняетъ полную силу. Истецъ вступилъ въ третейскій договоръ съ очевиднымъ намѣреніемъ не продолжать дѣла въ государственномъ судѣ; если бы онъ, однако, всетаки продолжалъ его, то отвѣтчикъ можетъ этому противиться, указавъ на тождество обоихъ спорныхъ отношеній. Далѣе, одна сторона, именно отвѣтчикъ, можетъ не знать, что истецъ предъявилъ искъ въ государственный судъ и заключаетъ съ нимъ третейскій договоръ или обѣ стороны могутъ не знать, что между ихъ юридическими предшественниками уже существуетъ споръ и заключаютъ третейскій договоръ—третейскій договоръ сохраняетъ свою силу по тѣмъ же основаніямъ, по которымъ при коллизіи пророгаціоннаго и третейскаго силу сохраняетъ послѣдній изъ заключенныхъ сторонами договоровъ. Потому-то, если истецъ пожелаетъ продолжать въ государственномъ судѣ уже начатый процессъ, то отвѣтчикъ, указавъ на тождество споровъ, можетъ стоять за силу третейскаго договора.

*гг) На разрѣшеніе третейскаго суда предложено спорное отношеніе, уже находящееся на разсмотрѣніи другого третейскаго суда.*

Въ этомъ случаѣ стороны во время третейскаго разбирательства заключаютъ новый третейскій договоръ, коимъ обезсиливается прежній. Коллизія двухъ третейскихъ договоровъ, какъ уже было сказано выше, разрѣшается въ пользу позднѣйшаго и вопросъ о тождествѣ возникаетъ, когда истецъ будетъ настаивать на продолженіи начавшагося третейскаго разбиратальства; отвѣтчикъ, указавъ на тождество споровъ, можетъ уклониться отъ отвѣта.

*в) На разрѣшеніе даннаго суда предложено спорное отношеніе, прекратившееся рѣшеніемъ другого суда.*

Сюда относятся слѣдующіе случаи:

*аа) На разрѣшеніе государственнаго суда предложено спорное отношеніе, прекратившееся рѣшеніемъ государственнаго же суда.*

Вопросъ о тождествѣ двухъ спорныхъ отношеній можетъ возникнуть, когда истецъ, послѣ того какъ судъ постановилъ рѣшеніе, снова предъявляетъ тотъ же искъ. Рѣшеніе суда прекратило споръ и это означаетъ, что этого спора болѣе нѣтъ и онъ, слѣдовательно, не можетъ быть предметомъ новаго разбирательства. Въ этомъ смыслѣ говорятъ о законной силѣ судебнаго рѣшенія т.-е. о способности его исключать новое рѣшеніе уже рѣшеннаго спора. Съ постановленіемъ рѣшенія и вступленіемъ его въ законную силу связаны извѣстныя права и обязанности для тяжущихся сторонъ: истецъ—обязанъ не

предъявлять того же иска на разсмотрѣніи другого (или того же) суда, отвѣтчикъ—вправѣ уклониться отъ отвѣта. Но мы выше видѣли, что уже съ моментомъ предъявленія иска (litis contestatio) соединены эта обязанность и это право. Слѣдовательно, нельзя сказать, что съ момента постановленія рѣшенія возникаетъ новая обязанность, новое право. Дѣйствительно, они не новы, но по постановленіи рѣшенія получаютъ лишь болѣе прочное основаніе. Отвѣтчикъ, будучи вновь привлеченъ къ отвѣту послѣ постановленія рѣшенія, конечно, можетъ уклониться отъ отвѣта указаніемъ на то, что искъ противъ него предъявленъ; но зачѣмъ ему ссылаться только на предъявленіе, когда искъ не только предъявленъ, но уже разрѣшенъ? Если онъ указываетъ какъ на основаніе своего уклоненія, на фактъ предъявленія иска, то ему предоставляется уклониться именно въ виду того предположенія, что дѣло еще будетъ разбираться; но по прекращеніи спора рѣшеніемъ—это предположеніе отпадаетъ; дѣло уже разрѣшено, слѣдовательно, указывать ему на одинъ лишь фактъ предъявленія иска, послѣ рѣшенія дѣла, уже нѣтъ основанія; онъ ссылается на то, что дѣло уже рѣшено [1]). Такъ что въ моментъ окончанія спора имѣется тоже самое право отвѣтчика, какое имѣлось въ моментъ предъявленія иска (по нашему и по германскому праву) или извѣщенія отвѣтчика (по австрійскому и французскому праву)—лишь основаніе его другое. Дѣйствительно, при litis contestatio (скажемъ для краткости) искъ консумируется, доколѣ онъ находится на разсмотрѣніи суда; стоитъ истцу взять его обратно и искъ снова, такъ сказать, оживаетъ; при окончательномъ же рѣшеніи спора уже не можетъ быть рѣчи объ оживленіи—искъ прекращается, консумируется безповоротно. Эта рѣшительная консумція и есть законная сила рѣшенія.

Но говоря это, мы далеки отъ мысли понимать консумцію въ томъ смыслѣ, какъ она обыкновенно понимается, т.-е. какъ погашеніе матеріальнаго права. Consumere значитъ поглощать. Примѣняя это выраженіе къ данному случаю, можемъ сказать, что рѣшеніе поглотило искъ, или иначе, благодаря рѣшенію, уже невозможно никогда предъявить тотъ-же искъ. Разница между консумціею иска фактомъ предъявленія его и консумціею его рѣшеніемъ, прежде всего, та, что устраняется возможность новаго тождественнаго спора,—въ первомъ случаѣ, до тѣхъ поръ, пока искъ не будетъ судомъ устраненъ или истцомъ взятъ обратно, во второмъ — навсегда. Различіе это, въ виду признанія нами, какъ показано будетъ ниже, возраженія о рѣшенномъ дѣлѣ возраженіемъ процессуальнымъ (какъ и возраженіе litis pendentis) — не существенно. И въ томъ, и другомъ случаѣ искъ устраняется (absolutio ab instantia).—Консумирующая сила рѣшенія въ значительной мѣрѣ ограничивается — иногда основательно, иногда неосновательно. Такъ, многіе ученые [2]) совершенно основательно не видятъ консумціи въ томъ случаѣ, когда извѣстное право признано за истцомъ и отвѣтчикъ предъявляетъ искъ объ этомъ правѣ къ прежнему истцу; тутъ нельзя говорить о консумціи ни въ смыслѣ поглощенія матеріальнаго права, ни въ смыслѣ прекращенія возможности предъявить *тождественный* искъ, потому что совсѣмъ *не тотъ искъ* предъявленъ, который будто-бы былъ консумированъ рѣшеніемъ. Законная сила судебнаго рѣшенія ограничивается тѣми же субъектами, причемъ предполагается, какъ говоритъ французскій кодексъ, la meme qualitee, предполагается полное юридическое тождество споровъ. Въ разсматриваемомъ случаѣ, мы видимъ, что привлеченный истецъ, въ пользу котораго состоялось рѣшеніе, ссылается не

---

[1]) Швальбахъ въ этомъ смыслѣ весьма удачно выразился: die exc. litis pendentis ist der Vorläufer der exc. rei judicatae-Swalbach н. с. стр. 248.

[2]) Keller, н. с. § 28, 29. Unger, н. с. т. 2, стр. 682, 672. Wetzel, н. с. 947 и др.

на законную силу, а, какъ справедливо заключаетъ Дворцакъ [1]), на доказательную силу рѣшенія; истецъ указываетъ на рѣшеніе, какъ на доказательство своего права, имѣющее силу не только между сторонами по первому процессу, но и во всякомъ другомъ дѣлѣ. Противъ этого возражаетъ Унгеръ [2]). Онъ соглашается съ Виндшейдомъ, что судебное рѣшеніе въ этомъ случаѣ имѣетъ такое-же значеніе, какъ и судебное признаніе: оно кладется судомъ въ основу рѣшенія и исключаетъ другія доказательства. Но, говоритъ онъ, какъ судебное признаніе не есть доказательство, такъ таковымъ не можетъ быть и судебное рѣшеніе. Противъ этого замѣтимъ, что аналогія Виндшейда по существу совершенно вѣрна; вѣрно и то, что судебное признаніе не есть доказательство, но не вѣрю, что судебное рѣшеніе имѣетъ значеніе *судебнаго* признанія—оно имѣетъ значеніе внѣ-судебнаго признанія, т.-е. признанія, которое должно быть доказано или письменнымъ актомъ, или свидѣтельскими показаніями. Такое признаніе есть доказательство, хотя и косвенное; разъ доказанное, оно исключаетъ другія доказательства. Такимъ доказательствомъ и является судебное рѣшеніе. Затѣмъ, мы сказали, что законная сила рѣшенія неосновательно съуживается. Такъ, Унгеръ [3]) полагаетъ, что въ томъ случаѣ, когда истцу въ искѣ отказано и онъ снова предъявляетъ искъ, искъ его устраняется не въ силу судебнаго рѣшенія, а въ виду конкуренціи исковъ и сохраненія силы за искомъ уже разрѣшеннымъ. Но съ этимъ нельзя согласиться по тому простому соображенію, что при всякой конкуренціи предполагается два различныхъ права, причемъ сильнѣйшему праву уступаетъ мѣсто слабѣйшее. Въ данномъ же случаѣ мы видимъ не два различныхъ права, а два тождественныхъ права, а въ сущности—одно право: разъ, о немъ идетъ рѣчь, какъ о правѣ непризнанномъ, въ другой разъ,—какъ о правѣ, о признаніи котораго истецъ проситъ. Ни о какой конкуренціи не можетъ быть и рѣчи.

Разсмотрѣнная консумирующая, законная сила рѣшенія, однако, присвоивается послѣднему не съ момента его постановленія. Съ какого же момента, уже не lis считается pendens, а res признается finita, judicata? И теорія [4]), и законодательства [5]) совершенно согласны относительно того, съ какого момента рѣшеніе вступаетъ въ силу, а именно, когда оно уже не можетъ быть обжаловано по существу—по роду ли дѣло, по которому оно постановлено, по роду ли суда, его постановившаго или по истеченію срока обжалованія [6]).

Если права и обязанности, связанныя для истца и отвѣтчика съ фактомъ постановленія рѣшенія и вступленія его въ силу тѣ же самыя, что и права и обязанности, связанныя съ фактомъ предъявленія иска, то и вліяніе на первыхъ характера матеріальныхъ правъ и обязанностей то-же самое, что и вліяніе характера этихъ правъ на вторыхъ; логически разсуждая, эти права и обязанности также преемственны при преемственности матеріальныхъ правъ и обязанностей. Потому наслѣдникъ истца, цессонарій и другія лица, къ коимъ перешло данное матеріальное право, тоже обязаны не предъявлять иска въ другой судъ. Но тутъ рождается вопросъ такого рода: оправдательнымъ въ пользу отвѣтчика рѣшеніемъ вѣдь данное спорное право не признается, т.-е. объявляется несуществующимъ,—какимъ же образомъ можно говорить о преемственности права и соотвѣтствующей ему обязанности непредъявленія иска, когда этого права нѣтъ? Очень просто. Нужно стать на субъективную почву,

---

[1]) Dworzak въ Krit. Überschau 1857. B. V. S. 20 и слѣд.

[2]) Unger, н. с. т. II, стр. 672.

[3]) Ibid. стр. 649, пр. 52.

[4]) Ibid. l. c.

[5]) Renaud, н. с., стр. 423—425. Малышевъ н. с. 1 стр. 435 и слѣд. и мн. др.

[6]) C. Pr. Ord. §§ 258—267 уст. гр. суд. ст. 892 и др.

исходить отъ точки зрѣнія лица, коему принадлежитъ данное матеріальное право. Лицо это, преемникъ истца, предъявляетъ новый искъ и тѣмъ признаетъ право свое существующимъ; eventualiter оно существуетъ; объ этомъ-то, по его мнѣнію, существующемъ правѣ и можно говорить—преемственно ли оно или непреемственно.

Что касается, затѣмъ, нераздѣльности матеріальныхъ правъ и обязанностей нѣсколькихъ лицъ, то и она дѣлаетъ самую обязанность не предъявлять въ судъ, послѣ разрѣшенія спора, новый искъ и право уклониться отъ отвѣта въ другомъ судѣ, нераздѣльными. Тутъ мы наталкиваемся на нѣсколько спорныхъ въ наукѣ вопросовъ. Не задаваясь мыслью исчерпать всѣ эти вопросы и вполнѣ разработать вопросы, на которыхъ остановимся, намѣтимъ лишь главнѣйшіе пункты. Прежде всего, спорнымъ между корифеями нашей наукѣ является вопросъ о томъ, насколько въ спорѣ о сервитутномъ правѣ, между однимъ изъ собственниковъ имѣнія и третьимъ лицомъ судебное рѣшеніе исключаетъ возможность новаго тождественнаго спора между этимъ лицомъ и сособственникомъ, не участвовавшимъ въ первомъ спорѣ. Савиньи [1]) разрѣшаетъ этотъ вопросъ въ безусловно утвердительномъ смыслѣ Виндшейдъ [2]) выставляетъ рядъ ограниченій. Расходятся эти ученые по слѣдующимъ частнымъ вопросамъ: 1) имѣетъ-ли силу для сособственника господствующаго имѣнія судебное рѣшеніе, постановленное противъ одного изъ нихъ по конфессорному иску, и 2) имѣетъ-ли силу для сособственнаго служебнаго имѣнія такое-же рѣшеніе по иску, предъявленному къ одному изъ нихъ. Савиньи въ пользу утвердительнаго разрѣшенія этихъ вопросовъ проводитъ два аргумента: 1) если (что никто не оспариваетъ), для сособственника имѣетъ силу рѣшеніе, постановленное въ пользу одного изъ нихъ, то логически необходимо признать силу рѣшенія, постановленнаго противъ послѣдняго; 2) интересы остальныхъ сособственниковъ не могутъ пострадать отъ такого разрѣшенія вопроса — они могутъ принять участіе въ процессѣ, какъ по собственной инициативѣ, такъ и по приглашенію (litis denunciatio). Если же они участія въ процессѣ не принимали или не были приглашены, то могутъ искать съ сособственника, проигравшаго дѣло, вознагражденіе за убытки. Виндшейдъ отвѣчаетъ на оба вопроса отрицательно, причемъ на первый какъ будто-бы условно, т.-е. онъ допускаетъ распространеніе силы рѣшенія на собственниковъ господствующаго имѣнія, лишь въ томъ случаѣ, когда сособственникъ — истецъ былъ уполномоченъ распоряжаться даннымъ правомъ; на второй же вопросъ даетъ безусловно отрицательный отвѣтъ. Можно считать, что и первый вопросъ разрѣшенъ безусловно: если сособственникъ — истецъ былъ уполномоченъ распоряжаться сервитутнымъ правомъ, то рѣшеніе распространяется на другихъ сособственниковъ не въ силу общаго ихъ съ нимъ права, а въ силу полномочія; такое-же ограниченіе можетъ быть выставлено и относительно второго, — ограниченіе-то оно мнимое. Виндшейдъ мнѣніе свое по первому вопросу не мотивируетъ, въ пользу-же разрѣшенія въ указанномъ смыслѣ второго вопроса приводитъ одно соображеніе: если распространять на сособственниковъ служебнаго имѣнія силу рѣшенія, постановленнаго противъ одного изъ нихъ (отвѣтчика),—рѣшенія, коимъ за истцомъ признано сервитутное право, то этимъ каждому изъ сособственниковъ будетъ дано право произвольно облагать сервитутомъ общее имѣніе. Это соображеніе опровергается замѣчаніемъ Савиньи о гарантіяхъ, даваемыхъ въ подобныхъ случаяхъ сособственникамъ. Нѣтъ сомнѣнія, что мнѣніе Савиньи и его послѣдователей по обоимъ вопросамъ должно быть дано предпочтеніе передъ мнѣніемъ Винд-

---

[1]) Savigny н. с. т. VI S. 479—481.
[2]) Windscheid н. с. т. I 346—347.

шейда и его послѣдователей. Затѣмъ, спорнымъ является вопросъ относительно корреалитета,—вопросъ, имѣющій и нынѣ значеніе въ виду слиянія корреалитета съ солидарностью [1]. По мнѣнію однихъ напр., Савиньи [2]) послѣ разрѣшенія спора между однимъ изъ корреальныхъ вѣрителей и должникомъ или вѣрителемъ и однимъ изъ корреальныхъ должниковъ въ пользу должника, остальные корреальные вѣрители обязываются не предъявлять къ должнику иска, остальные корреальные должники имѣютъ право уклониться отъ отвѣта, а если споръ рѣшенъ противъ должника, то, наоборотъ, вѣрители вправѣ предъявить искъ и отвѣтчики не вправѣ уклониться отъ отвѣта. Аргументація Савиньи, повидимому, весьма солидная. Онъ беретъ тотъ случай, когда обвинительное рѣшеніе постановлено противъ должника въ пользу одного изъ корреальныхъ вѣрителей и противъ одного изъ корреальныхъ должниковъ въ пользу вѣрителя и когда рѣшеніе это почему либо не можетъ быть исполнено. Въ этомъ случаѣ ни одинъ изъ неучаствовавшихъ въ дѣлѣ корреальныхъ вѣрителей не можетъ требовать (когда это станетъ фактически возможнымъ) исполненія рѣшенія отъ должника, ни самъ вѣритель не можетъ этого требовать отъ неучаствовавшихъ должниковъ; словомъ, тутъ actio rei judicatae невозможна, а кто не можетъ предъявлять actio rei judicatae, тотъ можетъ предъявлять искъ, тождественный съ тѣмъ, по поводу котораго рѣшеніе состоялось; слѣдовательно, если неучаствовавшій въ дѣлѣ корреальный вѣритель не можетъ воспользоваться actio rei judicatae по отношенію къ должнику, или вѣритель не можетъ ею воспользоваться по отношенію къ неучаствовавшимъ въ дѣлѣ корреальнымъ должникамъ, то любой изъ вѣрителей можетъ предъявить тотъ же искъ къ должнику или вѣритель—къ любому изъ должниковъ. Разсужденіе съ логической стороны совершенно основательное. Вопросъ о возможности предъявленія иска находится всегда въ обратномъ отношеніи къ вопросу объ actio rei judicatae. Но дѣйствительно-ли корреальный вѣритель или корреальные вѣрители въ разсматриваемомъ случаѣ не имѣютъ actio rei judicatae? Савиньи отвѣчаетъ: не имѣютъ, хотя и заявляетъ, что въ источникахъ римскаго права на это нѣтъ указаній. Въ виду послѣдняго обстоятельства кажется слѣдовало-бы болѣе обмотивировать это положеніе; этого-то мы у Савиньи и не находимъ. Намъ кажется, что вѣрителямъ, въ разсматриваемомъ случаѣ, должна быть предоставлена actio rei judicatae; упомянутая конституція 531 ст. даже указываетъ на возможность этого въ юстиніановомъ правѣ. И дѣйствительно, отчего не предоставить вѣрителю взыскать долгъ съ неучаствовавшаго корреальнаго содолжника, въ виду невозможности взысканія долга съ участвовавшаго? Корреалитетъ (имѣемъ въ виду не древнѣйшую форму его) прекращается лишь послѣ удовлетворенія вѣрителя, до того, въ моментъ исполненія рѣшенія, не прекращается право вѣрителя *получить удовлетвореніе* отъ любого должника и право того или другого вѣрителя *получить удовлетвореніе* отъ должника; до момента исполненія рѣшенія это удовлетвореніе вѣдь не получено. И по юридическимъ соображеніямъ это необходимо допустить; о томъ же самомъ правѣ уже состоялось рѣшеніе въ пользу презумтивнаго представителя другого лица; понятно, что это лицо можетъ требовать исполненія, ему нѣтъ надобности предъявлять новый искъ.—Другіе, напр., Рикъ [3]), абсолютно отрицаютъ какое либо вліяніе окончательнаго рѣшенія на право предъявленія иска не участво-

---

¹) Siebenhaar-Correalobligationen nach röm., gem. und sächs. Recht Leipzig. 1867. I. S. 380. Его же—Lehrb. des sächs. Pr. R. Leipzig. 1872. S. 571—572.

²) Savigny-Oblig. стр. 189—191.

³) Ryck. н. с. стр. 71—72.

вавшимъ въ дѣлѣ совѣрителемъ и на обязанность неучаствовавшихъ въ дѣлѣ содолжниковъ вступать въ отвѣтъ. Вообще, нужно замѣтить, во всемъ этомъ вопросѣ пандектисты должны себя чувствовать свободно, ибо въ источникахъ о немъ ни слова не упоминается. Это отсутствіе упоминанія въ источникахъ совершенно вѣрно объясняетъ Рикъ тѣмъ, что litis contestatio уже консумировало искъ, такъ что, прибавимъ отъ себя (ибо Рикъ, какъ увидимъ, дѣлаетъ совершенно ложный выводъ изъ этого), къ моменту вступленія рѣшенія въ силу обязанность не предъявлять иска и право уклоняться отъ отвѣта уже давно были налицо. Несмотря на отсутствіе указаній въ источникахъ, Савиньи рѣшаетъ этотъ вопросъ сообразно съ тѣми указаніями, которыя имѣются въ источникахъ по отношенію къ присягѣ. Очевидное отсутствіе внутреннихъ основаній его мнѣнія заставило его прибѣгнуть къ римскимъ юристамъ и къ неудачной аналогіи. Рикъ-же пытается мотивировать свое мнѣніе; но едва ли основательно. Онъ разсуждаетъ такъ: litis contestatio консумируетъ искъ; благодаря этому, всѣ остальные совѣрители или содолжники eo ipso выбываютъ; они становятся лицами, совершенно чуждыми процессу—они вовсе не нуждаются въ except. rei judicatae. Этотъ доводъ логически не совсѣмъ вѣренъ. Если lit. cont. консумируетъ искъ въ смыслѣ самого Рика т.-е. въ смыслѣ погашенія права, то хотя корреальные должники и выбываютъ изъ обязательственнаго отношенія, но въ защиту ихъ интересовъ имъ дается exc. rei jud. Скажу болѣе: именно потому, что lit. cont. консумируетъ искъ должникамъ и дается эта exceptio. Словомъ, изъ взгляда самого Рика на litis contestatio можно сдѣлать не тотъ выводъ, къ которому онъ пришелъ, а обратный.—Въ силу того, что одинъ изъ содолжниковъ былъ привлеченъ къ отвѣту или одинъ изъ совѣрителей предъявилъ искъ, не порывается та матеріально-правовая связь, какая существуетъ между нимъ и остальными совѣрителями и содолжниками. Представимъ себѣ, что хотя litis contestatio и состоялась, но судъ почему либо не разрѣшаетъ дѣла, не постановляетъ рѣшенія. Неужели-же остальные вѣрители не могутъ предъявить иска, остальные должники свободны? Litis contestatio сама по себѣ еще не консумируетъ права—она консумируетъ искъ въ смыслѣ Эндемана. Вѣрнѣе, кажется, мнѣніе Виндшейда [1]), признающаго, что сила судебнаго рѣшенія распространяется на всѣхъ корреальныхъ вѣрителей и должниковъ, безразлично, участвовали-ли они въ процессѣ или нѣтъ.

Что касается современныхъ законодательствъ, то они этого вопроса незатрогиваютъ, за исключеніемъ лишь саксонскаго кодекса, который вообще не придаетъ консумирующей силы судебному рѣшенію противъ нераздѣльно обязанныхъ и управомоченныхъ [2]). Истолкователи другихъ современныхъ кодексовъ придерживаются мнѣнія Савиньи, за исключеніемъ французскихъ ученыхъ. Такъ, Демоломбъ [3]), Тулье [4]) высказываются въ пользу консумирующей силы рѣшенія, видя въ каждомъ соучастникѣ нераздѣльнаго правоотношенія, участвующемъ въ процессѣ, представителя остальныхъ неучаствующихъ; они стоятъ при этомъ на почвѣ судебной практики, понявшей всю цѣлесообразность, необходимость признавать за рѣшеніемъ эту консумирующую силу.

Въ виду изложеннаго, мы можемъ сказать, что преемственность и нераз-

[1]) Windscheid н. с. т. 2 стр. 135. Хотя этотъ ученый въ I т. стр. 347 не допускаетъ распространенія на корреальныхъ содолжниковъ рѣшенія, постановленнаго противъ одного изъ нихъ.

[2]) Sachs. b. G. §§ 332, 1032.

[3]) Demolombe—Traité de contrats. t. III n. 372—373.

[4]) Toullier—Le droit civil franç. t. V p. 171, 172, 206—207.

дѣльность матеріальнаго права или обязанности дѣлаютъ преемственными и нераздѣльными права и обязанности, вытекающія изъ факта вступленія судебнаго рѣшенія въ законную силу; она распространяется не только на первоначальныхъ сторонъ, но и на ихъ преемниковъ и на лицъ, имѣющихъ съ ними нераздѣльныя права и нераздѣльныя обязанности.

Наконецъ, замѣтимъ, что совершенно безразлично, постановлено ли рѣшеніе государственнымъ судомъ, компетентнымъ въ силу закона или въ силу пророгаціоннаго договора. Въ послѣднемъ случаѣ при вторичномъ предъявленіи иска, истецъ нарушаетъ обязанность, лежащую на немъ въ силу трехъ основаній: факта заключенія пророгаціоннаго договора, факта начатія процесса въ судѣ и факта постановленія рѣшенія, причемъ, конечно, ближайшимъ основаніемъ будетъ послѣднее, остальныя-же имъ поглощаются.

Тѣже соображенія примѣняются и къ тому случаю, когда

*бб) На разрѣшеніе государственнаго суда предложено спорное отношеніе, прекратившееся рѣшеніемъ суда третейскаго*, — ибо рѣшенію суда третейскаго придается такое же значеніе, какъ и рѣшенію суда государственнаго.

Что же касается того случая, когда

*вв) На разрѣшеніе третейскаго суда предложено спорное отношеніе, прекратившееся рѣшеніемъ государственнаго суда*,— а также совершенно аналогичнаго случая, когда

*гг) На разрѣшеніе третейскаго суда предложено спорное отношеніе, прекратившееся рѣшеніемъ третейскаго же суда*, — то въ этихъ случаяхъ собственно вопросъ о тождествѣ спорнаго отношенія возникаетъ тогда, когда послѣ вступленія въ силу рѣшенія государственнаго или третейскаго суда, стороны заключаютъ третейскій договоръ, на основаніи котораго должно произойти разбирательство. Если этотъ договоръ заключенъ сторонами, не знавшими, что данный споръ уже разрѣшенъ, то отвѣтчикъ, узнавшій объ этомъ, можетъ противиться третейскому разбирательству по тѣмъ же соображеніямъ, по которымъ ему предоставляется уклониться отъ отвѣта по иску, уже находящемуся на разрѣшеніи государственнаго или третейскаго суда.

### Б. Случаи, когда можетъ возникнуть вопросъ объ отсутствіи внутренняго тождества спорнаго отношенія.

Случаи, когда возникаетъ вопросъ объ отсутствіи внутренняго тождества, могутъ быть двухъ категорій:

а) *Истецъ измѣняетъ свой искъ:*

Вопросъ о томъ, что данное спорное отношеніе потеряло свое тождество, т.-е. стало инымъ, возникаетъ тогда, когда истецъ измѣняетъ исковое свое требованіе. Ниже, въ своемъ мѣстѣ, мы укажемъ при какихъ условіяхъ надо искъ признать измѣнившимся, а теперь обратимся къ вопросу: допустимо ли вообще измѣненіе иска?

Мы выше уже указали на тотъ интересъ, въ охрану котораго истцу запрещается измѣнять свой искъ. Запрещеніе это имѣетъ свое разумное основаніе. Римское право, во время процесса per formulas, измѣненія иска не допускало [1]), ибо преторы всегда давали формулу на опредѣленный искъ—измѣненіе иска требовало и измѣненія формулы, т.-е. начатія процесса съизнова. Въ новѣйшемъ правѣ допускалось измѣненіе иска до вступленія рѣшенія въ законную силу [2]). Потому-то Клейншродъ правъ, говоря, что включать римское

---

[1]) L. 4 § 3 de noxal. act. 9, 4, L. 4 § 5 D. quod cum eo. 14. 5 и др.

[2]) §§ 34, 36 J. de action. 4. 6.

право въ ученое изслѣдованіе вопроса объ измѣненіи иска значитъ ввозить контрабанду, подлежащую конфискаціи [1]). Наука [2]) и всѣ современныя законодательства не допускаютъ произвольнаго измѣненія иска. Такъ, въ германскомъ уставѣ имѣется категорическое на этотъ счетъ опредѣленіе, и, какъ мы укажемъ ниже, все-таки, хотя и въ видѣ исключенія, истецъ, въ указанныхъ закономъ предѣлахъ, можетъ измѣнить искъ [3]). Что касается австрійскаго права, то и оно не дозволяетъ истцу измѣнять свое требованіе [4]). Во французскомъ кодексѣ прямыхъ указаній на это не имѣется, но ученые совершенно вѣрно выводятъ это запрещеніе изъ массы другихъ постановленій кодекса [5]). Такъ, Клейншродъ доказываетъ это запрещеніе тѣмъ, что французскій кодексъ требуетъ, съ одной стороны: 1) чтобы въ exploit d'ajournement требованіе было точно обозначено, съ другой, 2) чтобы рѣшеніе не выходило за предѣлы требованія (art. 61, 480); далѣе, кодексъ предписываетъ, 3) чтобы ни одно дѣло не поступало въ судъ первой степени, не будучи предварительно направлено къ мировому судьѣ для склоненія тяжущихся къ миру (art. 48); слѣдовательно, если дѣло перешло въ судъ первой степени, то истецъ уже не можетъ измѣнять свой искъ—измѣненіе иска есть ничто иное, какъ передача на разрѣшеніе суда первой степени дѣла, не бывшаго у мироваго судьи. Конечно, доводы эти убѣдительны, особенно послѣдній, но касаются они исключительно производства дѣла въ судѣ первой степени, а не въ примирительной стадіи. Спрашивается: возможно ли измѣненіе исковаго требованія въ этой стадіи? Есть въ кодексѣ статья, 54-я, какъ будто бы допускающая это измѣненіе, по крайней мѣрѣ въ видѣ увеличенія требованія. Lors de la comparation, говорится въ ней, le demandeur pourra expliquer, meme augmenter sa demande... Изъ этого, казалось бы, видно, что истецъ можетъ измѣнить свое требованіе, но Боатаръ, разъясняя эту статью, совершенно основательно предлагаетъ придавать слову augmenter значеніе не безграничнаго увеличенія требованія, а увеличенія его такими дополнительными требованіями, которыя находятся съ первоначальнымъ въ связи (connexite, liaison [6]).

Нашъ уставъ, подобно германскому и австрійскому, въ ст. 332 прямо запрещаетъ измѣненіе иска; но есть въ немъ статья 334, повидимому, противорѣчащая первой, говорящая что истецъ въ случаѣ *измѣненія* своего требованія долженъ заявить о томъ суду письменно въ тоже засѣданіе. Выходитъ, повидимому, что истецъ и можетъ и не можетъ измѣнять свое требованіе. Г. Анненковъ пытается примирить это кажущееся противорѣчіе такимъ образомъ: ст. 333 между прочимъ даетъ истцу право въ случаѣ утраты или повержденія имущества, составляющаго предметъ дѣла, „требовать возмѣщенія цѣнности имущества"; эта замѣна есть по существу измѣненіе требованія; ст. 334 и относится къ этому случаю. Выходитъ такъ: если истецъ пожелаетъ потребовать вмѣсто утраченнаго или поврежденнаго имущества возмѣщенія цѣнности его, то онъ долженъ заявить о томъ письменно [7]). Съ такимъ толкованіемъ не можемъ согласиться уже потому, что въ ст. 333 прямо говорится, что всѣ три перечисленные въ ней случаи *„не считаются измѣненіями"* требованія

---

[1]) Kleinschrod—Klagänd. стр. 8.

[2]) Kühne, какъ приверженецъ свободы измѣненія иска, остался на 12-мъ съѣздѣ герм. юристовъ одинокимъ; противъ него высказались всѣ присутствовавшіе члены.

[3]) B. Proc. Ord. §§ 235 p. 3,340.

[4]) O. A. G. Ord. §§ 21, 49.

[5]) Tardif н. с. стр. 417 Kleinschrod н. с. стр. 80—92. Boitard н. с. т. I, стр. 74—75.

[6]) Boitard l. c.

[7]) Анненковъ н. с. стр. 473—474.

по существу. Мы предлагаемъ такое толкованіе: ст. 332, запрещающая измѣнять исковое требованіе, имѣетъ конечно тотъ смыслъ, что истецъ не можетъ настаивать на томъ, чтобы судъ разсмотрѣлъ его измѣненное требованіе; но этимъ отнюдь не запрещается истцу заявлять измѣненное требованіе—онъ можетъ сдѣлать это съ тою цѣлью, чтобы прежнее его требованіе не было разсмотрѣно, и чтобы судъ разсмотрѣлъ новое. Требованіе закона, чтобы истецъ подалъ письменное заявленіе, есть нечто иное, какъ требованіе, чтобы было подано новое исковое прошеніе. Это исковое прошеніе сообщается, конечно, по общему правилу, противной сторонѣ для подачи отвѣта и т. д. Начатое производство естественно прекращается. Признавая письменное заявленіе исковымъ прошеніемъ, законъ, однако, установляетъ въ пользу истца рядъ привилегій: избавляютъ его отъ новаго взноса исковыхъ пошлинъ, переносятъ моментъ подачи заявленія къ моменту подачи исковаго прошенія. Такимъ путемъ только и можно примирить ст. 332 и 334.

*б. На мѣсто выбывшей изъ процесса стороны вступаетъ нелегитимированное лицо.*

Вопросъ о томъ, что спорное отношеніе потеряло свое внутреннее тождество, можетъ возникнуть и тогда, когда на мѣсто стороны вступаетъ нелегитимированное лицо и противникъ, а иногда само лицо, имѣющее право на легитимацію, указываетъ на это обстоятельство или судъ ex officio подвергаетъ это обстоятельство изслѣдованію. Тутъ собственно возбуждается вопросъ о томъ, не потеряло-ли спорное отношеніе свое внутреннее тождество, тѣ ли же самыя лица являются субъектами его—вопросъ о legitimatio ad causam. Ученые обыкновенно,—какъ мы уже сказали выше,—говоря объ измѣненіи иска, указываютъ на то, что тождество спорнаго отношенія сохраняется при eadem res inter easdem perdem personas, но останавливаются собственно на вопросѣ о сохраненіи eadem res, умалчивая объ inter easdem personas. Только нѣкоторые, напр. Канштейнъ, Клейншродъ, нѣсколько подробнѣе говорятъ объ inter easdem personas, какъ условіи неизмѣняемости иска. Канштейнъ, указавъ на это условіе на ряду съ другими, и, между прочимъ, независимо отъ тождества основаній иска, требуетъ тождества субъектовъ; онъ допускаетъ и юридическое тождество ихъ при отсутствіи фактическаго, а именно при процессуальномъ преемствѣ; но нужно знать, что Канштейнъ допускаетъ процессуальное преемство нетолько въ силу преемства матеріально-правоваго, но и путемъ nominatio auctoris [1]). Мы увидимъ, что этими случаями преемство не ограничивается: могутъ быть еще другіе. Что касается Клейншрода, то онъ, хотя и видитъ въ сохраненіи тѣхъ-же субъектовъ условіе тождества иска, но не самостоятельное; по его мнѣнію, это не отдѣльный элементъ, сохраненіе тождества котораго необходимо въ виду неизмѣняемости иска: онъ относитъ legitimatio ad causam къ основанію иска и требуя неизмѣняемости основанія, требуетъ того же самаго отъ legitimatio ad causam при тождествѣ лицъ [2]). Мы ниже покажемъ, что эта легитимація есть процессуальное, а не матеріально правовое условіе. Смѣна лицъ, какъ субъектовъ спорнаго отношенія, возможна въ теченіи процесса. Она можетъ влечь за собою потерю спорнымъ отношеніемъ своего внутренняго тождества. Это послѣдствіе наступаетъ лишь тогда, когда смѣна эта неправомѣрна, когда лицо вступающее не легимитировано, когда оно не имѣетъ за себя для замѣны legitimatio ad causam.—Понятіе legitimatio ad causam за послѣднее время стало подвергаться осужденію. Такъ, Бетманъ-Гольвегъ [3]), Ветцель [4]) и друг. предлагаютъ совсѣмъ

---

[1]) Canstein н. с. т. I стр. 452—454 т. II стр. 135—435.

[2]) Kleinschrod, Klagänd. стр. 22—32

[3]) Bethmann-Hollweg. н. с. стр. 120.

[4]) Wetzell, н. с. стр. 155.

изгнать его изъ науки. Главное возраженіе ихъ заключается въ томъ, что вопросъ о легитимаціи есть вопросъ объ основаніяхъ иска, т.-е. о фактахъ, лежащихъ въ основаніи иска. При такомъ взглядѣ на легитимацію совершенно понятны нападки ученыхъ на то мнѣніе, будто такъ называемый Legitimationspunkt долженъ быть выдѣленъ, какъ отдѣльный вопросъ и долженъ быть разрѣшенъ отдѣльно отъ разрѣшенія дѣла по существу. Это, говорятъ названные ученые, невозможно—отдѣлить вопросъ о легитимаціи отъ вопроса о другихъ фактахъ, лежащихъ въ основаніи иска, нельзя. Право тѣснѣйшимъ образомъ связано съ субъектомъ; нѣтъ правъ, существующихъ объективно, безъ субъекта; обязательство даже немыслимо безъ наличности двухъ лицъ. Вся эта теорія совершенно вѣрна, если понимать подъ legitimatio ad causam вообще удостовѣреніе принадлежности лицу даннаго спорнаго права или данной спорной обязанности. Но есть одна замѣчательная черта этого ученія, бросающаяся въ глаза и въ разсужденіяхъ ученыхъ, отрицающихъ самостоятельное значеніе legitimatio ad causam. При изложеніи этого ученія, они, напр. Байеръ [1]), Канштейнъ [2]), все-таки указываютъ на случаи, когда эта legitimatio какъ-будто имѣетъ самостоятельное значеніе, какъ вопросъ отдѣльно разрѣшаемый; а именно они указываютъ на тѣ случаи, когда въ процессъ на мѣсто выбывшей стороны вступаетъ другое лицо и рождается вопросъ о существованіи въ этомъ лицѣ права на такое вступленіе или вѣрнѣе вопросъ о правѣ его на искъ и обязанности отвѣчать по иску. Этотъ вопросъ, по ихъ мнѣнію, все-таки вопросъ не совсѣмъ сливающійся съ основаніемъ иска. Изъ этого видно, что недостаетъ въ наукѣ процесса понятія, которое хотя не имѣло-бы столь широкое значеніе какъ legitimatio ad causum, т.-е. относилось-бы ко всѣмъ тяжущимся въ смыслѣ права на искъ и обязанности отвѣта, но опредѣляло-бы собою принадлежащую лицу законную возможность фигурировать въ процессѣ вмѣсто лица выбывшаго изъ него,—право заступать мѣсто истца или отвѣтчика. И дѣйствительно, такое понятіе необходимо. Часто происходитъ замѣна субъектовъ и прежде всего надобно, до разсмотрѣнія основаній иска или возраженія, удостовѣриться въ томъ, дѣйствительно-ли лицо, желающее вступить въ процессъ или принужденное вступить въ него вмѣсто первоначальнаго участника даннаго спорнаго отношенія вмѣсто истца или отвѣтчика, имѣетъ право на это вступленіе. Это требуется и противниками legitimatio ad causam [3]). Съ другой стороны, сохраненіе термина legitimatio ad causam въ широкомъ смыслѣ невозможно. Мы предлагаемъ терминъ legitimatio ad causam successionis. Causa successionis, т.-е. основаніе замѣны тяжущихся, должна быть удостовѣрена отдѣльно отъ фактовъ, лежащихъ въ основаніи иска или возраженія.

Въ самостоятельности значенія legitimatio ad causam successionis не можетъ быть сомнѣнія, Въ необходимости со стороны суда, прежде всего, удостовѣриться въ legitimatio ad causum successionis убѣдиться не трудно. Можно ли допустить цессіонарія къ замѣнѣ цедента, пока еще не удостовѣренъ фактъ цессіи? Можно ли допустить наслѣдника отвѣтчика къ замѣнѣ наслѣдодателя, пока не удостовѣрено его наслѣдничье званіе?—Признавая необходимость отдѣльнаго удостовѣренія въ законности основаній процессуальной замѣны, мы далеки отъ мысли видѣть, согласно господствующему мнѣнію [4]), въ этихъ основаніяхъ, всегда и основанія иска или возраженія. Не отрицая во многихъ случаяхъ тѣсной связи этихъ основаній съ другими фак-

[1]) Bayer, н. с. стр. 66.
[2]) Canstein, н. с. т. II стр. 443 и сл.
[3]) Canstein I. c. Endemann н. с. стр. 254. В.
[4]) Kleinschrod., Klagänder. стр. 22.

тами, обосновывающими искъ и возраженіе, мы однако не можемъ согласиться, что связь между ними *всегда* тѣсна и неразрывна. Конечно, если понимать legitimatio ad causam въ общемъ смыслѣ, то въ тѣхъ случаяхъ, когда произошла замѣна лицъ до процесса, выдѣлить вопросъ о legitimatio отъ другихъ оснований иска часто невозможно, да и нѣтъ надобности. Но это выдѣленіе необходимо, когда замѣна произошла во время процесса и, если можно такъ выразиться, legitimatio ad causam является въ видѣ legitimatio ad causam successionis.

Въ нижеслѣдущихъ случаяхъ мы увидимъ, что постороннее, до того не участвовавшее въ процессѣ, лицо можетъ подъ тѣмъ или другимъ видомъ вступить въ процессъ съ цѣлью замѣнить собою выбывшаго тяжущагося. Замѣна эта правомѣрна во многихъ случаяхъ,—часто допускается это такъ называемое процессуальное преемство. Всѣ случаи процессуальнаго преемства могутъ быть сведены къ двумъ категоріямъ: процессуальному преемству въ силу перехода матеріальныхъ правъ и обязанностей и преемству безъ таковаго перехода [1]). Въ виду первой категоріи случаевъ, возможно, что.

*аа) На мѣсто первоначальнаго истца или отвѣтчика въ процессъ вступаетъ стороннее лицо подъ видомъ юридическаго преемника.*

Правомѣрное преемство не нарушаетъ тождества, наоборотъ неправомѣрное—нарушаетъ его и процессъ не можетъ продолжать свое правомѣрное существованіе. Лица заинтересованныя могутъ указать суду на отсутствіе въ данномъ случаѣ законнаго преемника, или судъ самъ можетъ возбудить этотъ вопросъ и такимъ образомъ представляется необходимость удостовѣриться въ наличности causa successionis вновь вступившаго лица.—Преемство процессуальное въ силу преемства матеріальнаго права или обязанности можетъ совершиться различными способами. Самое общепринятое дѣленіе этихъ способовъ, на универсальное и сигнулярное [2]), хотя и имѣетъ весьма важное значеніе въ матеріальномъ гражданскомъ правѣ, но въ процессѣ важно не то, универсальный или сингулярный преемникъ данное лицо, а то, въ силу какого обстоятельства къ нему перешли права или обязанности. Сингулярное преемство возможно и по духовному завѣщанію и въ процессѣ это преемство имѣетъ одинаковое значеніе съ универсальнымъ, но рѣзко отличается отъ сингулярнаго преемства въ силу договора и др. актовъ inter vivos. Прежде, по общему-германскому праву, существовало между этими способами лишь то различіе, что при универсальномъ преемствѣ преемникъ обязанъ былъ уплатить издержки процесса, причитающіяся какъ съ него, такъ и съ его предшественника, сингулярный же преемникъ платилъ только за себя [3]). Нынѣ это различіе не признается. Но нѣкоторые ученые предлагаютъ и другое дѣленіе. Такъ Байеръ [4]) предлагаетъ дѣленіе весьма близкое къ дѣленію преемства на преемство inter vivos и mortis causa. Онъ дѣлитъ эти способы на два рода. Процессуальное преемство, говоритъ онъ, наступаетъ или 1) въ случаѣ смерти стороны или 2) въ случаѣ перехода спорнаго предмета (res lisigiosa) путемъ сингулярнаго преемства во владѣніе другого лица. Противъ этого дѣленія можно сдѣлать то возраженіе, что оно не вмѣщаетъ всѣхъ случаевъ преемства; въ виду этого дѣленія, можно подумать, что за выдѣленіемъ изъ массы случаевъ, когда наступаетъ преемство, тѣхъ случаевъ, когда оно наступаетъ въ силу смерти стороны, остается только одинъ случай, а именно, когда res litigiosa перешла во владѣніе другого. Куда же дѣвать множество другихъ случаевъ напр., цессію во время процесса и др.? Въ процессѣ важно дѣленіе

---

[1]) Canstein, н. с. I стр. 452.

[2]) Renaud, н. с. стр. 109 Wetzell, н. с. стр. 41 Малышевъ, н. с. т. I, стр. 248 и др.

[3]) Osterloh, н. с. т. I стр. 264,

[4]) Bayer, н. с. стр. 155.

преемства на преемство mortis causa и inter vivos. Процессуальное различіе между указанными видами преемства весьма существенно, ибо 1) только при преемствѣ по случаю смерти, по всѣмъ современнымъ законодательствамъ, производство пріостанавливается [1]) и 2) только при преемствѣ въ силу юридическаго акта между живыми возможно при извѣстныхъ условіяхъ привлеченіе предшественника въ качествѣ третьяго лица. Что касается преемства по случаю смерти лица, то оно открывается въ силу права наслѣдованія, общаго или частнаго; преемство же inter vivos имѣетъ своимъ основаніемъ тотъ или другой способъ передачи спорнаго права или обязанности. Всѣ законодательства допускаютъ эту послѣднюю передачу, хотя нѣкоторыя съ извѣстными ограниченіями, напр., германскій уставъ требуетъ согласіе противной стороны для передачи извѣстнаго права во время процесса [2]). Другіе, не давая на этотъ счетъ никакихъ опредѣленій, лишь допускаютъ преемство, открывая тѣмъ возможность примѣненія научныхъ выводовъ. Скудость законодательныхъ опредѣленій повліяла и на постановку вопроса о процессуальномъ преемствѣ въ наукѣ процесса. Несомнѣнно, что по общему правилу преемство путемъ перехода права возможно — но въ однихъ случаяхъ необходимо согласіе противной стороны, въ другихъ—въ этомъ нѣтъ надобности. Нужно различать: а) *Преемство въ лицѣ истца*, которое можетъ быть: аа) *Добровольное* т.-е. когда въ силу договора право переходитъ во время процесса къ другому лицу. Тутъ нужно имѣть въ виду: 1) принадлежитъ ли право къ числу преемственныхъ; какъ общее правило можетъ быть выставлено, что всѣ гражданскія права преемственны, за исключеніемъ лишь небольшого числа ихъ, напр., права по довѣренности, личному найму, права пожизненнаго владѣнія и др. [3]) 2) перешло ли къ другому преемственное вещное право или обязательственное. Первое переходитъ путемъ продажи спорнаго имущества, вещественнагосу бстрата права. Понятно, когда на имуществѣ лежитъ запрещеніе или арестъ, то о продажѣ его не можетъ быть рѣчи, если же оно свободно, свободенъ и переходъ его, напр., лицо, владѣющее домомъ, какъ законный наслѣдникъ, можетъ его продать, хотя бы имъ и былъ предъявленъ споръ противъ завѣщанія, утвержденнаго къ исполненію, по которому домъ этотъ долженъ перейти къ другому лицу. Въ нѣкоторыхъ законодательствахъ напр., нашемъ, указываются мѣры предосторожности, принимаемыя при переходѣ спорнаго недвижимаго имущества [4]). Что касается обязательственныхъ (преемственныхъ) правъ, то они переходятъ путемъ цессіи. Возможность перехода ихъ во время процесса однако ограничивается нѣкоторыми учеными; напр. г. Побѣдоносцевъ для правомѣрности преемства обязательственнаго права въ лицѣ истца требуетъ согласія отвѣтчика во всѣхъ случаяхъ; онъ говоритъ, что отвѣтчикъ можетъ сдѣлать противу взысканія такія возраженія, ктоорыя зависятъ отъ личнаго отношенія къ первоначальному взыскателю и въ семъ только личномъ отношеніи могутъ быть разъяснены [5]). На это можно возразить, что для достиженія упомянутой цѣли нѣтъ вовсе надобности ограничивать преемства: ничто не мѣшаетъ отвѣтчику привлечь цедента въ качествѣ лица, къ которому онъ имѣетъ обратное требованіе [6]).— бб) *Принудительное преемство.* Тутъ противъ воли истца право его переходитъ къ другому лицу. Это имѣетъ мѣсто тогда напр., когда путемъ

---

[1]) Code de pr. c. art. 344, 346. C. Pr. Ord. §§ 217, 236 уст. гр. суд. ст. 681 и др.

[2]) C. Pr. Ord. § 326.

[3]) Förster н. с. т. I стр. 641.

[4]) Св. З. т. X ч. 1 ст. 1392.

[5]) Побѣдоносцевъ н. с. полож. 522.

[6]) Малышевъ н. с. т. I стр. 244.

публичной продажи къ пріобрѣтателю переходитъ имѣніе, по поводу котораго ведется процессъ и въ процессѣ этомъ должникъ является истцомъ; или напр., когда когда при исполненіи рѣшенія взыскателю передается по надписи долговое обязательство, принадлежащее должнику—если по поводу этого обязательства ведется процессъ, въ которомъ должникъ является истцомъ; [1]) по нашему праву такая передача возможна лишь по отношенію къ государственнымъ процентнымъ бумагамъ, акціямъ и облигаціямъ, а не къ простымъ долговымъ обязательствамъ [2]) и т. д. б) *Преемство въ лицѣ отвѣтчика*. И тутъ надо различать: аа) *Преемство добровольное*. Особенность этого случая, сравнительно съ преемствомъ въ лицѣ истца, та, что преемство въ лицѣ должника невозможно безъ согласія кредитора-истца; послѣдній, вступая въ соглашеніе съ должникомъ, имѣетъ въ виду его личныя качества и имущественную состоятельность—навязывать ему въ должники другое лицо невозможно. Что же касается преемства въ вещныхъ правахъ, то отвѣтчикъ, если на вещь не наложено запрещенія, можетъ ее продать; это возможно и относительно правъ, связанныхъ съ вещью; съ такою продажею вещи переходятъ и процесуальныя права и обязанности по спору о правѣ, связанномъ съ этою вещью [3]); но германскій уставъ въ первомъ случаѣ требуетъ согласія противной стороны, во второмъ—не требуетъ [4]). бб) *Преемство принудительное*. Оно возможно также въ случаѣ принудительнаго отчужденія вещи, по поводу которой ведется процессъ, и при томъ если обладатель ея является отвѣтчикомъ.

При наличности указанныхъ условій преемство считается правомѣрнымъ и замѣна выбывшаго тяжущагося возможна. Стороннее лицо, желающее замѣнить выбывшаго, должно, конечно, легитимироваться, т.-е. убѣдить судъ въ томъ, что оно удовлетворяетъ этимъ условіямъ, что causa successionis имѣется. Въ противномъ случаѣ вступленіе его въ процессъ незаконно и если бы таковое было допущено, то внутреннее тождество спорнаго отношенія было бы нарушено.

Въ виду второй категоріи преемства возможны слѣдующіе случаи: бб) *На мѣсто выбывшаго ненадлежащаго истца или отвѣтчика вступаетъ въ процессъ стороннее лицо подъ видомъ надлежащаго.*—Здѣсь надо различать два случая:

1) *На мѣсто выбывшаго ненадлежащаго истца вступаетъ въ процессъ стороннее лицо подъ видомъ надлежащаго истца.*

Та истина, что лицо, фигурирующее въ процессѣ въ роли истца, должно быть истцомъ надлежащимъ т.-е. обладателемъ даннаго нарушеннаго права—считается истиной азбучной. Если въ данномъ случаѣ истцомъ является не то лицо, которое имъ должно быть, то вопросъ объ этомъ естественно, рождается на судѣ. Допустимъ, судъ рѣшилъ этотъ вопросъ въ томъ смыслѣ, что не это лицо есть надлежащій истецъ, а другое, то естественный результатъ этого тотъ, что искъ устраняется. Но можетъ случиться, что надлежащій истецъ, или иначе, лицо, которое въ данномъ спорѣ должно бы быть истцомъ, заявляетъ о своемъ желаніи продолжать начатый процессъ. Если это возможно, то прежній ненадлежащій истецъ выбываетъ и мѣсто его, говоримъ мы, заступаетъ надлежащій. Съ общей, теоретической точки зрѣнія препятствій къ тому не имѣется. Противное тому, т.-е. недопущеніе замѣны, отказъ въ

---

[1]) C. Pr. Ord. §§ 736, 737. Уст. гр. суд. ст. 1075, 1077, 1084.

[2]) Иного мнѣнія г. Шимановскій. О нѣкоторыхъ недостаткахъ, встрѣчающихся на практикѣ при приведеніи рѣшеній въ исполненіе. Казань 1880 стр. 35 и сл. См. мои возраженія въ Журн. гр. и уг. пр. 1881 г. кн. 5 стр. 142—149.

[3]) Св. т. X ч. 1 ст. 1752.

[4]) C. Pr. Ord. § 237.

искѣ или прекращеніе производства и предоставленіе надлежащему истцу предъявить новый искъ—научно не можетъ быть оправдано. То фискальное соображеніе, что для фиска выгоднѣе взять пошлины съ двухъ исковъ, несостоятельно, ибо интересы тяжущихся—въ данномъ случаѣ, а именно, возможно быстрое разрѣшеніе спора, безъ напрасныхъ проволочекъ и возможно менѣе издержекъ—гораздо важнѣе интереса казны. Къ чему спрашивается совершать снова тѣ судебныя дѣйствія, которыя уже разъ были совершены, хотя и не надлежащимъ истцомъ? къ чему послѣднему терять ту сумму, которую онъ уплатилъ въ видѣ судебныхъ пошлинъ?

Понятно, далѣе, что надлежащій истецъ непремѣнно долженъ себя, какъ говорятъ, легитимировать—онъ долженъ при условіяхъ, о которыхъ рѣчь впереди, удостовѣрить свою causa successionis, т.-е. то, что онъ можетъ принять процессъ отъ выбывшаго истца. Ему не трудно сдѣлать это—онъ можетъ быть допущенъ къ процессу, если удостовѣритъ то, что данное право, если оно дѣйствительно существуетъ, принадлежитъ ему. Возьмемъ примѣръ. Арендаторъ предъявляетъ искъ о признаніи сервитута къ сосѣду; сосѣдъ указываетъ на то, что истцомъ не можетъ быть арендаторъ, а долженъ быть самъ собственникъ. Если судъ признаетъ это указаніе основательнымъ, то устраняетъ искъ арендатора, и если собственникъ желаетъ продолжать процессъ, то вступаетъ въ него вмѣсто арендатора, удостовѣривъ свое право собственности. Causa successionis процесуальныхъ правъ и обязанностей является то, что собственникъ въ силу своего права можетъ быть (надлежащимъ) истцомъ. Эта causa successionis можетъ стать предметомъ обсужденія суда. Иначе говоря, можетъ возникнуть вопросъ о томъ, что данное спорное отношеніе потеряло свое внутреннее тождество—субъекты первоначальнаго и послѣдующаго отношеній нетождественны. Если надлежащій истецъ легитимируетъ себя, то онъ этимъ докажетъ, что юридически перемѣны никакой не произошло,—что тождество не нарушено. Если онъ, вступая въ процессъ, признаетъ силу дѣйствій до того совершенныхъ не надлежащимъ истцомъ, то онъ тѣмъ самымъ признаетъ послѣдняго дѣйствовавшимъ въ качествѣ своего представителя. Въ указанномъ примѣрѣ собственникъ, вступая въ процессъ на мѣсто арендатора, доказавъ свое право собственности на имѣніе, тѣмъ самымъ признаетъ арендатора своимъ представителемъ по отношенію къ тѣмъ дѣйствіямъ, которыя арендаторомъ совершены до вступленія. Эта ратихабиція имѣетъ то послѣдствіе, что арендаторъ и собственникъ разсматриваются юридически какъ одно лицо, какъ лица юридичести тождественныя.

Рождается вопросъ: допустима ли вообще въ законодательствахъ замѣна ненадлежащаго истца надлежащимъ? Чтобы рѣшить этотъ вопросъ, разсмотримъ его въ связи съ другимъ: по чьей инціативѣ возбуждается вопросъ о томъ, что истецъ не надлежащій? Онъ можетъ быть возбужденъ отвѣтчикомъ въ видѣ возраженія. Это возраженіе, въ томъ случаѣ, когда законодательство его допускаетъ и когда, судомъ оно будетъ признано основательнымъ—расчищаетъ почву для замѣны ненадлежащаго истца надлежащимъ. Но одной допустимости его еще недостаточно; послѣдствія его могутъ быть таковы, что замѣна становится невозможною. Изъ законодательствъ только наше прямо указываетъ на это возраженіе, признавая его матеріально правовымъ возраженіемъ [1]), другія—умалчиваютъ о немъ. Изъ этого можно сдѣлать тотъ выводъ, что и они признаютъ его таковымъ возраженіемъ, ибо 1) обыкновенно о матеріально-правовыхъ возраженіяхъ въ кодексахъ не упоминается и 2) между процессуальными возраженіями, перечисленными въ кодексахъ, этого возраженія нѣтъ; такъ какъ возраженіе, не являющееся процессуальнымъ, является

¹) Уст. гр. суд. стр. 589.

непремѣнно матеріально-правовымъ, то и возраженіе о томъ, что истецъ не есть надлежащій, конечно, всѣми допускается, какъ возраженіе матеріально-правовое; въ виду этого о возможности замѣны выбывшаго ненадлежащаго истца надлежащимъ не можетъ быть и рѣчи. Такое возраженіе должно влечь за собою отказъ въ искѣ, т.-е. ненадлежащему истцу отказываютъ въ искѣ, а надлежащій можетъ предъявить новый искъ.

Въ нашемъ уставѣ возраженіе это прямо упомянуто въ перечнѣ матеріально правовыхъ возраженій. Какъ извѣстно, упоминаніе о немъ въ уставѣ явленіе чисто случайное. Сначала предполагалось „возраженіе о томъ, что самое право на искъ вовсе не принадлежитъ тому лицу, которое ищетъ“ отнести къ возраженіямъ процессуальнымъ, а потомъ рѣшено было, по совершенно неосновательнымъ соображеніямъ, что это есть возраженіе матеріально-правовое. Совсѣмъ не упоминать объ этомъ возраженіи редакторы не пожелали, вѣроятно, изъ боязни, чтобы вопросъ о немъ не былъ разрѣшенъ практикою такъ, какъ онъ сначала былъ разрѣшенъ ими самими. Основанія, по которымъ редакторы устава не признали это возраженіе процессуальнымъ, не выдерживаютъ критики и противорѣчатъ ихъ собственнымъ же воззрѣніямъ. Главная ошибка, въ которую они впали, заключается въ томъ, что, по ихъ мнѣнію, 1) при разсмотрѣніи этого возраженія суду придется обратиться къ существу дѣла и 2) возраженіе это есть возраженіе о прекращеніи иска и, какъ таковое, тождественно съ другими, очевидно матеріально-правовыми возраженіями о прекращеніи иска [1]). Дѣло въ томъ, что тѣсная связь этого возраженія съ существомъ дѣла, т.-е. съ матеріально-правовымъ отношеніемъ, не можетъ быть характернымъ признакомъ матеріально-праваго возраженія. Вѣдь не можетъ подлежать сомнѣнію (какъ это признали и редакторы устава), что возраженіе о связи или тождествѣ даннаго дѣла съ дѣломъ, производящимся въ другомъ судѣ, есть процессуальное возраженіе, а между тѣмъ, оно тѣснѣйшимъ образомъ связано съ матеріальнымъ спорнымъ отношеніемъ. Какимъ образомъ суду рѣшить вопросъ о связи и тождествѣ двухъ спорныхъ отношеній, не входя въ разсмотрѣніе этихъ отношеній, т.-е. существа дѣла? [2]). Затѣмъ, напрасно редакторы полагаютъ, что возраженіе о томъ, что искъ предъявленъ ненадлежащимъ истцомъ, есть возраженіе о прекращеніи иска. Мы думаемъ, что нисколько не противно существу этого возраженія устраненіе ненадлежащаго истца и допущеніе продолженія дѣла надлежащимъ истцомъ, безъ прекращенія иска. Наконецъ нельзя, вмѣстѣ съ г. Анненковымъ [3]), въ противность мнѣнію г. Малышева [4]), не указать на непослѣдовательность редакторовъ устава, признавшихъ возраженіе отвѣтчика, что искъ во всей цѣлости относится къ другому *отвѣтчику*—процессуальнымъ возраженіемъ, а возраженіе, что данное лицо не имѣетъ права иска—матеріально-правовымъ. Одно изъ двухъ—или оба суть процессуальныя, или оба матеріально-правовыя возраженія. Понятно, что по уставу замѣна ненадлежащаго истца надлежащимъ невозможна: судъ отказываетъ первому въ искѣ. Что касается законодательствъ—французскаго, австрійскаго и др., умалчивающихъ объ этихъ возраженіяхъ, то они даютъ намъ основаніе, по изложеннымъ выше соображеніямъ, признать, что по смыслу ихъ упомянутая замѣна тоже невозможна.

Мы сказали выше, что возраженіе о томъ, что истецъ ненадлежащій расчищаетъ почву для замѣны послѣдняго надлежащимъ. Кромѣ этого возраженія, замѣна можетъ произойти и по инціативѣ самаго надлежащаго истца;

---

[1]) Уст. гр. суд. изд. Г. К., стр. 285—286.

[2]) Мнѣніе редакторовъ устава принято г-мъ Анненковымъ н. с. т. 3, стр. 63.

[3]) Анненковъ, н. с. т. 3, стр. 65.

[4]) Малышевъ, н. с. т. 1, стр. 192.

онъ самъ можетъ расчистить себѣ почву, самъ онъ можетъ заявить суду, что желаетъ заступить мѣсто ненадлежащаго истца. Но, однако, не по всѣмъ законодательствамъ это возможно—требуется наличность извѣстныхъ условій.— Выше мы сказали, что надлежащій истецъ, желая продолжать процессъ, начатый ненадлежащимъ истцомъ, долженъ вмѣстѣ съ тѣмъ выразить позднѣйшее свое согласіе на дѣйствія, совершенныя ненадлежащимъ истцомъ. Эта ратихабиція имѣетъ особенное значеніе, когда надлежащій истецъ замѣняетъ ненадлежащаго *по собственной иниціативѣ*. Въ этомъ случаѣ она возможна только тогда, когда данное законодательство допускаетъ 1) судебное представительство безъ полномочія и 2) утвержденіе послѣдняго позднѣйшимъ согласіемъ довѣрителя. Изъ современныхъ законодательствъ только германское допускаетъ это представительство и эту ратихабицію. Хотя, конечно, прямаго указанія на это не имѣется, тѣмъ не менѣе, мы можемъ его вывести изъ отдѣльныхъ постановленій. Дѣло въ томъ, что и по этому уставу, какъ и по всѣмъ другимъ, судъ ex officio наблюдаетъ за наличностью полномочія у представителя стороны, но *суду разрѣшается допускать къ представительству и лицъ, не имѣющихъ полномочія*, если онъ признаетъ это необходимымъ, причемъ можетъ потребовать отъ нихъ обезпеченія будущихъ требованій представляемаго. Такое лицо хотя и допускается къ представительству, но оно должно озаботиться о томъ, чтобы представляемый изъявилъ свое согласіе на его дѣйствія, и если онъ это сдѣлаетъ, то *согласіе это, или ратихабиція, имѣетъ обратную силу* [1]). Въ виду этого, не будетъ противно смыслу германскаго устава, если надлежащій истецъ, по собственной иниціативѣ, заявляетъ суду, что онъ самъ желаетъ продолжать веденіе процесса вмѣсто ненадлежащаго истца и придаетъ своимъ согласіемъ силу всѣмъ дѣйствіямъ, совершеннымъ ненадлежащимъ истцомъ до его вступленія. Вступая, онъ признаетъ, что выбывшій былъ его представителемъ—этого достаточно для признанія тождества этихъ лицъ. По другимъ законодательствамъ это невозможно. Тамъ, съ констатированіемъ того, что истецъ не есть надлежащій,—хотя бы и надлежащій самъ заявилъ желаніе продолжать процессъ,—ему отказываютъ въ искѣ и надлежащій истецъ долженъ начать новое дѣло.

*2) На мѣсто выбывшаго ненадлежащаго отвѣтчика вступаетъ въ процессъ стороннее лицо подъ видомъ надлежащаго отвѣтчика.*

Когда къ отвѣту привлечено не то лицо, которое въ данномъ дѣлѣ должно быть отвѣтчикомъ, то лицо это можетъ указать на надлежащаго отвѣтчика и затѣмъ оно устраняется отъ процесса,—мѣсто его заступаетъ надлежащій отвѣтчикъ. Онъ-то и долженъ легитимироваться—ему необходимо принять процессъ въ томъ видѣ, въ какомъ онъ его засталъ, если будетъ констатировано, что онъ, а не привлеченный къ отвѣту, является лицомъ отвѣтственнымъ, т.-е. что онъ имѣетъ за себя causa successionis. Если дѣйствительно онъ ее имѣетъ и вступитъ на мѣсто выбывшаго, то, юридически говоря, тождество субъектомъ не нарушено. Судебныя дѣйствія, предшествовавшія его вступленію, совершенныя истцемъ и судомъ, а именно, предъявленіе иска и принятіе его, вызовъ, остаются въ силѣ. Предполагается, будто бы искъ былъ предъявленъ къ представителю вступившаго отвѣтчика. Эта фикція необходима въ виду необходимости продолженія процесса, не взирая на происшедшую замѣну лицъ. Непрерывность процесса и тутъ, какъ и въ случаѣ вступленія надлежащаго истца, оправдывается тѣми же соображеніями. Для юридическаго ихъ оправданія необходима указанная фикція. Но далѣе этого доводить фикцію нѣтъ надобности—другія дѣйствія, совершенныя ненадлежащимъ отвѣтчикомъ до вступленія надлежащаго, не обязательны для

---

[1]) CPr-Ord. § 85. Schelling н. с., стр. 91.

него—вѣдь его вступленіе не добровольно и если упомянутыя дѣйствія истца и суда сохранили силу противъ его воли, то это, и именно въ указанныхъ предѣлахъ, оправдывается соображеніями жизненными.

Всѣ законодательства, по примѣру римскаго права, признаютъ за отвѣтчиковъ право указывать на надлежащаго отвѣтчика и обязанность послѣдняго вступить въ процессъ; это т.-наз. nominatio auctoris. Императоръ Константинъ въ конституціи 331 года [1]) впервые указалъ на институтъ, получившій впослѣдствіи болѣе широкое значеніе. Въ силу этого замѣчательнаго законодательнаго акта, въ случаѣ предъявленія actio in rem къ детентору чужаго недвижимаго имущества, этотъ послѣдній можетъ назвать своего auctor'а, которому судъ даетъ извѣстный срокъ для вступленія въ процессъ; если въ теченіи этого срока онъ не вступитъ въ процессъ, то судъ его формально приглашаетъ по вторичному требованію детентора; если онъ затѣмъ, не явится, то истецъ вводится во владѣніе имѣніемъ. Если же auctor вступитъ въ процессъ, то детенторъ совершенно устраняется, и процессъ происходитъ между auctor'омъ и истцомъ. Институтъ nominatio auctoris въ той же формѣ былъ воспринятъ каноническимъ правомъ, съ тѣми же ограниченіями [2]). Судебная практика съ теченіемъ времени нѣсколько расширила этотъ институтъ; а именно, nominatio auctoris была возможна въ случаѣ предъявленія иска къ детентору движимаго имущества. Далѣе этого теоретики [3]), nominatio auctoris не распространяли. Австрійское право [4]) ограничиваетъ nominatio auctoris тѣми случаями, когда искъ предъявленъ къ детентору движимаго или недвижимаго имущества, причемъ кодексъ только указываетъ на допустимость nominatio auctoris. Германскій же уставъ судопроизводства даетъ подробныя о nominatio auctoris по поводу детенціи правила, отличающіяся отъ постановленій конституціи Императора Константина лишь большею простотою; а именно, по указанію владѣльца, auctor приглашается; въ случаи отрицанія послѣднимъ своей обязанности отвѣчать или молчанія, владѣлецъ продолжаетъ процессъ, а въ случаѣ вступленія auctor'а въ процессъ, владѣлецъ освобождается и auctor становится на его мѣсто. Но кромѣ этого, уставъ допускаетъ замѣну и въ спорахъ по обязательствамъ, а именно, должникъ — отвѣтчикъ можетъ указать на надлежащаго должника, затѣмъ первый выбываетъ, и его мѣсто занимаетъ послѣдній. Но уставъ выставляетъ одно весьма важное ограниченіе: выбывающій долженъ представить обезпеченіе, равное суммѣ требованія+проценты [5]). Постановленія нашего устава являются исключительными; это мы понимаемъ такъ, что nominatio auctoris, въ томъ смыслѣ, какъ она понимается иностранными законодательствами, совершенно незнакома нашему уставу; изъ тѣхъ указаній на нее, какія въ немъ имѣются, можно вывести лишь, что уставъ безъ ограниченій предоставляетъ отвѣтчику право указать на то, что искъ во всей цѣлости относится къ другому отвѣтчику [6]), но заявленіе это дѣлается въ формѣ отвода, который, какъ совершенно справедливо замѣчаетъ г. Анненковъ [7]), по нашему уставу, всегда влечетъ за собою прекращеніе производства, и истецъ поставленъ въ необходимость предъявить новый искъ къ другому, надлежащему отвѣтчику. Самой характерной черты,

---

[1]) C. Ubi in rem actio exerc. deb. 3. 19.

[2]) Cap. 5 § 8 X. ut lite non cont. 2. 6.

[3]) Osterloh н. с. т. I стр. 541. Renaud н. с. стр. 112—113. Wetzell н. с. стр. Bayer н. с. стр. 150 и др.

[4]) Allg. bür. Gesetzb. § 375.

[5]) C. Pr. Ord. § 72, 73.

[6]) Уст. гр. суд. ст. 574 п. 3.

[7]) Анненковъ н. с. т. III стр. 69.

присущей nominatio auctoris, а именно, *указанія* на надлежащаго отвѣтчика *съ цѣлью замѣны ненадлежащаго*, нашъ уставъ не знаетъ; у насъ не надлежащій отвѣтчикъ только отклоняетъ отъ себя отвѣтъ и заявленіе его не поставлено въ связь—какъ на Западѣ—со вступленіемъ надлежащаго отвѣтчика. Потому-то у насъ и не можетъ быть замѣны ненадлежащаго отвѣтчика надлежащимъ безъ прекращенія процесса.

*вв) На мѣсто выбывшаго тяжущагося вступаетъ стороннее лицо, подъ видомъ лица, имѣющаго съ нимъ нераздѣльное право или нераздѣльную обязанность.*

Тутъ собственно нужно различать два случая: или лицо, подъ видомъ соуправомоченнаго или сообязаннаго съ первоначальнымъ участникомъ процесса, сначала присоединяется къ нему и затѣмъ, по выбытіи послѣдняго изъ процесса, занимаетъ его мѣсто, или же сначала выбываетъ первоначальный участникъ и мѣсто его затѣмъ занимаетъ соуправомоченный или сообязанный. Разсмотримъ сначала первый случай. Возможно ли, спросимъ сначала, что одинъ изъ соуправомоченныхъ или сообязанныхъ, первоначально не участвовавшій въ процессѣ, присоединяется къ другому, съ самаго начала участвовавшему? Отвѣтъ только и можетъ быть утвердительный, ибо нѣтъ такого юридическаго начала, нѣтъ такого интереса, которому противорѣчило-бы такое присоединеніе. Относительно-же юридическаго характера этого присоединенія высказываются различныя мнѣнія. Такъ одни, напр., Шульце [1]) Анненковъ [2]) разсматриваютъ присоединившагося, какъ пособника. Шульце полагаетъ, что пособникъ и въ этомъ случаѣ вступаетъ въ процессъ въ силу своего непосредственнаго интереса; рѣшеніе суда распространяетъ во всякомъ случаѣ свою силу и на него, а потому ему есть интересъ вступить въ процессъ. Г. Анненковъ полагаетъ, что вообще третье лицо можетъ вступить въ процессъ *въ качествѣ пособника* (акцесорнаго участника) не только въ силу интереса, но и „съ цѣлью защиты своихъ правъ, принадлежащихъ ему совокупно съ тяжущимся". Оба юриста не совсѣмъ вѣрно поняли существо пособничества. Если, скажемъ противъ Шульце, пособникъ вступаетъ въ силу интереса, то значитъ у него нѣтъ права, въ силу котораго онъ можетъ вступить; если же онъ имѣетъ право, въ силу котораго вступаетъ, скажемъ противъ Анненкова, то онъ уже никакъ не пособникъ. Если признавать, что третье лицо вступаетъ въ процессъ въ силу своего права, то въ высшей степени несправедливо отводить ему менѣе выгодное процессуальное положеніе, чѣмъ то, на какое онъ имѣетъ право. Положеніе пособника невыгодное, зависимое, онъ вполнѣ зависитъ отъ лица, къ которому присоединяется,—выйди это лицо изъ процесса, выходитъ и пособникъ. Невыгода этого положенія совершенно понятна и справедлива, въ виду того, что пособникъ охраняетъ лишь свой интересъ, а не право; но если лицо присоединяется къ процессу въ силу права, то низводить это право на степень простаго интереса неудобно: вступающее лицо имѣетъ право на вполнѣ самостоятельное положеніе. Потому-то мнѣніе другихъ ученыхъ, напр., Канштейна [3]) Брандта [4]) совершенно справедливо: пособникъ вступаетъ въ процессъ только въ силу интереса. Если онъ имѣетъ право, въ силу котораго можетъ вступить въ процессъ, то вступаетъ въ него какъ самостоятельная сторона, какъ соучастникъ въ собственномъ смыслѣ, какъ говоритъ Канштейнъ. Заслуга Канштейна въ

---

[1]) Schultze н. с. стр. 23.

[2]) Анненковъ н. с. т. III стр. 288.

[3]) Canstein н. с. стр. 451.

[4]) Брандъ—Объ участіи третьихъ лицъ въ гражд. проц. въ Журн. гражд. и угол. права 1874 г. кн. 4 стр. 127.

вопросѣ объ интервенціи дѣйствительно велика. Отбросивъ никуда негодное дѣленіе участія третьихъ лицъ на главное и акцесорное, онъ говоритъ, что въ процессѣ нужно различать интервенцію соучастника и интервенцію пособника. Каждая интервенція есть лишь случай вступленія въ процессъ въ теченіе его, какъ главной стороны, такъ и пособника. Если въ теченіе процесса вступаетъ лицо въ качествѣ стороны, то мы имѣемъ случай соучастія (послѣдующаго), а если въ качествѣ пособника — пособничество. Послѣдующимъ соучастникомъ можетъ быть лицо, на которое рѣшеніе суда по данному дѣлу распространяетъ свою силу и которое управомочено или обязано по тому же юридическому основанію, какъ и первоначальный участникъ [1]). Такимъ-то соучастникомъ и является лицо, нераздѣльно управомоченное или обязанное. Характерная черта его процессуальнаго положенія, въ отличіе отъ пособника, та, что онъ не зависитъ отъ первоначальнаго участника; онъ, вступая во имя своего права, есть сторона, и рѣшеніе постановляется и относительно его [2]). Если мы будемъ имѣть въ виду этотъ характеръ послѣдующаго соучастія, то для насъ станетъ яснымъ и вопросъ о замѣнѣ первоначальнаго участника послѣдующимъ. Онъ сторона *независимая* отъ первоначальнаго участника, слѣд. и выходъ послѣдняго для него нѣчто совершенно безразличное: онъ остается въ процессѣ и ведетъ его отъ своего имени. Въ виду того, что оба соучастника производятъ свое право или свою обязанность отъ одного основанія, по общему правилу, первоначальный участникъ, до вступленія послѣдующаго, считается его презумтивнымъ представителемъ и, какъ показано было выше, оба они, въ виду этого, лица юридически тождественныя.— Нѣкоторыя особенности представляетъ только солидаритетъ. Во всѣхъ другихъ нераздѣльныхъ совокупныхъ отношеніяхъ мы видимъ, что послѣдующій соучастникъ вступаетъ въ процессъ во имя такого своего права, которое не исключаетъ совмѣстнаго осуществленія съ правомъ первоначальнаго участника. При солидаритетѣ же, хотя послѣдующій соучастникъ и можетъ вступить во имя своего права, но право это онъ не можетъ осуществить рядомъ съ осуществленіемъ его первоначальнымъ участникомъ. Характерная черта солидаритета въ этомъ-то и состоитъ. Потому-то можно сказать: послѣдующій соучастникъ, солидарный совѣритель, вступаетъ въ процессъ именно съ цѣлью не только помочь своему совѣрителю, но и стать на его мѣсто, если бы тотъ выбылъ изъ процесса. Съ выбытіемъ онъ тотчасъ заступаетъ его мѣсто, и тогда его юридическое положеніе ничѣмъ не отличается отъ положенія всякаго другого нераздѣльно соуправомоченнаго. Наконецъ, какъ относительно солидаритета, такъ и всякаго другого обязательственнаго нераздѣльнаго отношенія, не надо упускать изъ виду слѣдующее: интересъ истца иногда можетъ страдать отъ произвольной замѣны отвѣтчика; если истецъ имѣетъ право по отношенію къ нѣсколькимъ должникамъ и ему предоставляется выборъ между ними, то остановившись на одномъ, онъ тѣмъ показываетъ, что по той или другой причинѣ не желаетъ привлекать остальныхъ; желаніе это вполнѣ законное, а потому для замѣны одного должника другимъ требуется непремѣнно согласіе вѣрителя [3]).

Спрашивается, допускаютъ ли законодательства подобную замѣну? Для разрѣшенія этого вопроса обратимся сначала къ другому: допускается ли послѣдующее, въ вышеуказанномъ смыслѣ, соучастіе въ процессѣ лица, имѣющаго нераздѣльныя права и обязанности съ первоначальнымъ участникомъ? Прямое указаніе на это имѣется только въ германскомъ уставѣ, а именно,

---

[1]) Такъ что это не принципальный участникъ, осуществляющій свое „особенное“ право.

[2]) Canstein н. с. т. I стр. 350—460.

[3]) Ibid. стр. 465, 466.

тамъ постановлено, что пособникъ, на котораго распространяется сила даннаго рѣшенія, разсматривается какъ соучастникъ [1]), т.-е. если лицо, нераздѣльно обязанное или управомоченное, пожелаетъ вступить въ процессъ, то оно признается самостоятельною стороною, соучастникомъ, а не пособникомъ, хотя и вступаетъ по правиламъ вступленія послѣдняго. По австрійскому праву, какъ думаетъ Канштейнъ, такое послѣдующее соучастіе допускается [2]). По французскому праву допускаются: 1) привлеченіе солидарнаго содолжника (это одинъ изъ случаевъ такъ называемый garantie simple [3]) и 2) вступленіе его въ качествѣ интервеніента [4]). Что касается нашего устава, то онъ не можетъ похвалиться категорическимъ и вѣрнымъ разрѣшеніемъ вопроса; тѣмъ не менѣе, по смыслу его, послѣдующее вступленіе соучастника возможно, хотя и *съ не малыми ограниченіями*. Нельзя, какъ уже было показано выше, допустить это лицо, какъ это дѣлаетъ г. Анненковъ, къ участію, въ качествѣ пособника [5]). Прямое указаніе закона, ст. 663, этому препятствуетъ; въ силу этой статьи пособникъ можетъ вступить лишь во имя своего юридическаго „интереса“, а не права. Постановленія германскаго устава могутъ быть приняты и нами. Тамъ лицо, нераздѣльно управомоченное или обязанное, вступаетъ какъ пособникъ, но занимаетъ юридическое положеніе не пособника, а стороны. Такъ приблизительно и у насъ: правила устава о вступленіи пособника даютъ намъ основаніе утверждать, что и нераздѣльно обязанное или управомоченное лицо можетъ вступать въ процессъ по правиламъ вступленія пособника, но оно разсматривается не какъ пособникъ, а какъ сторона. Въ процессѣ лицо это не пособникъ, не третье лицо, а соучастникъ; ничего общаго между ними нѣтъ [6]). Препятствій къ признанію этого положенія по нашему праву не имѣется; уставъ знаетъ соучастіе и не предрѣшаетъ вопроса, должно ли оно состояться съ самаго начала процесса или же впослѣдствіи. Кромѣ того, лицо, нераздѣльно обязанное или управомоченное, можетъ быть извѣщено объ искѣ, и тогда оно вступаетъ по тѣмъ-же правиламъ, по которымъ вступаетъ лицо, къ которому сторона имѣетъ обратное требованіе [7]), хотя, конечно, къ нему не примѣняются тѣ правила, въ основаніи которыхъ лежитъ мысль объ обратномъ требованіи, напр., правило объ обезпеченіи будущаго иска.

Но можно ли изъ допустимости послѣдующаго соучастія вывести и допустить замѣны одного соучастника другимъ? Конечно, изъ указаннаго постановленія германскаго устава—можно, ибо, если данное, скажемъ, третье лицо вступаетъ въ процессъ, то оно,—эта новая сторона—можетъ въ немъ участвовать какъ сторона; первоначальный участникъ можетъ выбыть и въ виду § 59, въ силу котораго въ случаѣ неявки первоначальнаго участника, вновь вступившій считается его представителемъ, этотъ вновь вступившій можетъ занять мѣсто первоначальнаго. Точно также, если первоначальный соучастникъ выбываетъ изъ процесса до засѣданія, назначеннаго для слушанія дѣла, то вновь поступившій, очевидно, можетъ продолжать процессъ, ибо онъ не пособникъ, зависящій отъ тяжущагося, а сторона. Что касается нашего права, то относительно возможности замѣны первоначальнаго соучастника

---

1) C. Pr. Ord. § 66.

2) Canstein и. с. т. I стр. 750.

3) C. de pr. c. art. 176, 188.

4) Boitard. т. I стр. 501.

5) Анненковъ н. с. т. III стр. 281.

6) Если бы лицо это было и въ процессѣ третьимъ, пособникомъ, то о замѣнѣ имъ выбывшаго тяжущагося не могло бы быть и рѣчи.

7) Малышевъ, н. с. т. I стр. 205—206. Анненковъ, н. с. т. III стр. 277 и слѣд.

истца вновь вступившимъ, не можетъ быть и сомнѣнія. Если послѣдній разъ признанъ истцемъ, то выходъ перваго для него явленіе совершенно безразличное; онъ продолжаетъ процессъ и, въ виду нераздѣльности его права съ правомъ выбывшаго, онъ, конечно, разсматривается, какъ его представитель, и слѣд. оба—какъ лица юридически тождественныя. Презумтивное представительство соучастниковъ признается и нашимъ уставомъ [1]).

Обращаясь ко второму случаю, замѣтимъ, что тутъ вопросъ заключается лишь въ томъ, можно ли допустить лицо, нераздѣльно управомоченное или обязанное съ первоначальнымъ участникомъ, *вступить* въ процессъ въ теченіе его, послѣ выбытія участника. Положимъ, напримѣръ, участникъ не подаетъ въ срокъ состязательной бумаги—можетъ ли она быть подана другимъ сообязательнымъ или соуправомоченнымъ; или напр., первоначальный участникъ не является въ засѣданіе суда, можетъ ли на мѣсто его явиться и участвовать въ состязаніи другой его сообязанный или соуправомоченный? Не допускать такой замѣны нѣтъ основаній — всѣ выгоды на сторонѣ допустимости. Чего ради тому соуправомоченному или сообязанному, который желаетъ воспользоваться всѣми процессуальными правами, предоставленными тяжущемуся, затруднять исполненіе этого желанія? зачѣмъ требовать отъ него предъявленія новаго иска, что сопряжено съ напрасною тратою времени и лишними издержками? Теоретически разсуждая, такое лицо должно быть допущено къ замѣнѣ уже въ виду того, что оно, какъ мы видѣли выше, можетъ вступить въ процессъ въ качествѣ соучастника. То обстоятельство, что первоначальный участникъ выбылъ, не измѣняетъ, или вѣрнѣе, не должно измѣнять, положенія лица, которое можетъ вступить въ качествѣ соучастника. Но обращаясь къ законодательствамъ, мы тщетно стали бы искать въ нихъ указанія на формы, способы вступленія. Допустить и въ этомъ случаѣ возможность примѣненія тѣхъ постановленій, которыя указываютъ на возможность „присоединенія“ одного сообязаннаго или соуправомоченнаго къ другому, нельзя—это было бы слишкомъ свободнымъ толкованіемъ закона. Нужно отыскать косвенные способы. Таковымъ является представительство—сообязанный или соуправомоченный вступаетъ въ качествѣ представителя выбывшаго. Мы уже знаемъ, что по германскому праву возможно представительство тяжущихся и безъ полномочія, по крайней мѣрѣ до представленія акта послѣдняго; такъ что тутъ вступленіе ничѣмъ не затрудняется; при отсутствіи препятствій ко вступленію судъ вправѣ и не требовать довѣренности. По нашему же уставу возможно лишь вступленіе этихъ лицъ посредствомъ представленія довѣренности. Благодаря этой совершенно лишней формальности, вновь вступившій, конечно, дѣйствуетъ въ качествѣ представителя выбавшаго; но... такова сила юридической логики—тѣмъ не менѣе, въ виду нераздѣльности его права или обязанности и права или обязанности выбывшаго, онъ конечно дѣйствуетъ не только за него, но и за себя, не только отъ его имени, но и отъ своего имени. Такъ что слѣд. какъ бы то ни было, и по нашему праву возможна такая замѣна.

Нечего и говорить, что вновь вступившій долженъ себя легитимировать. Въ томъ случаѣ, когда онъ сначала присоединился къ лицу участвующему и затѣмъ, по выбытіи послѣдняго, заступаетъ его мѣсто, онъ легитимируетъ себя до замѣны, при самомъ присоединеніи: causa successionis тутъ какъ бы сливается, если можно такъ выразиться, съ causa interventionis (въ смыслѣ Канштейна). Въ томъ случаѣ, когда соуправомоченный или сообязанный вступаетъ уже послѣ выбытія первоначальнаго участника, онъ легитимируется при замѣнѣ. Понятно, что въ первомъ случаѣ causa successionis заключается

---

[1]) Уст. гражд. суд. ст. 482, 724, 756.

въ наличности нераздѣльнаго права или нераздѣльной обязанности съ первоначальнымъ истцомъ или отвѣтчикомъ; во второмъ—по германскому праву, въ causa successionis, по нашему—въ полномочіи на веденіе процесса.

*и) На мѣсто выбывшаго тяжущагося вступаетъ стороннее лицо подъ видомъ лица, къ которому выбывшій имѣетъ обратное требованіе.*

Общепризнаннымъ въ наукѣ слѣдуетъ считать то положеніе, что сторона, имѣющая право обратнаго требованія къ третьему лицу, можетъ его привлечь къ дѣлу или въ качествѣ отвѣтчика (условнаго) или въ качествѣ пособника. Своимъ вступленіемъ лицо можетъ совершенно освободить сторону ее привлекшую и стать на ея мѣсто только въ первомъ случаѣ; во второмъ же съ выбытіемъ стороны, выбываетъ пособникъ. Вотъ въ первомъ-то случаѣ и можетъ произойти замѣна лица, имѣющаго къ другому обратное требованіе лицомъ, обязаннымъ удовлетворить это требованіе въ случаѣ проигрыша процесса. Causa successionis здѣсь заключается въ обязанности удовлетворить обратное требованіе, хотя къ этому, какъ увидимъ, нѣкоторыя законодательства и ученые присоединяютъ особое соглашеніе между выбывающимъ и вступившимъ на его мѣсто; эта-то causa successionis должна быть удостовѣрена ради того, чтобы лицо, вступающее въ процессъ, считалось легитимированнымъ. Легитимировавъ себя, лицо это принимаетъ процессъ въ данномъ видѣ и продолжаетъ его. Такъ, если процессъ ведется между цессіонаріемъ и должникомъ, то цессіонарій можетъ выйти, а цедентъ, удостовѣривъ фактъ цессіи, заступаетъ его мѣсто.

Еще римскому праву была извѣстна такъ называемая litis dinunciatio, въ смыслѣ обязательнаго для покупщика, въ процессѣ съ постороннимъ вступщикомъ, извѣщенія продавца, на которомъ лежитъ обязательство очистки [1]); въ случаѣ не извѣщенія, покупщикъ хотя не терялъ права на эвикцію но осуществленіе послѣдняго чрезвычайно затруднялось опроверженіемъ exceptio doli mali предъявляемый продавцемъ [2]). Самою обыкновенною, въ римскомъ судѣ, по предположенію Ветцеля [3]) формою участія продавца въ процессѣ было обращеніе его въ procurator in rem suam [4]), т.-е. покупщикъ, по соглашенію съ продавцемъ, выбывалъ изъ процесса, а продавецъ продолжалъ процессъ въ качествѣ такого представителя покупщика, который самъ пользуется выгодами процесса [5]). Но онъ могъ дѣйствовать и рядомъ со стороною въ качествѣ интервеніента. Съ теченіемъ времени litis denunciatio было распространено учеными и практикою на всѣ случаи, когда одна изъ сторонъ имѣетъ право обратнаго требованія къ третьему лицу, причемъ предоставлялось третьему лицу вести процессъ или вмѣстѣ со стороною, или одному, отъ имени первоначальнаго истца, то-есть въ силу даннаго ему полномочія. Это послѣднее положеніе, принимаемое всѣми учеными, относится къ числу тѣхъ, которыя обязаны своимъ происхожденіемъ дурно понятымъ взглядамъ римскихъ юристовъ. Дѣло въ томъ, что procura in rem suam, т.-е. представительство въ собственномъ дѣлѣ, есть логическое самопротиворѣчіе—въ своемъ дѣлѣ можно быть лишь стороною, а представителемъ можно быть лишь въ чужомъ дѣлѣ. Но мы понимаемъ римскихъ юристовъ, избравшихъ этотъ институтъ для юридической формулировки упомянутой замѣны субъектовъ; procura in rem suam была создана какъ нѣчто такое, что какъ бы примиряетъ старое, національное воззрѣніе съ новыми воззрѣніями, вызванными осложнившимися

---

[1]) L. 53 D. de evict. 21. 2.
[2]) L. 29 § 2 D. de leg. III. 32. 1.
[3]) Wetzell н. с. стр. 54.
[4]) L. 66 § 2 D. de evict. 21. 2.
[5]) Arndts н. с. стр. 160.

жизненными потребностями. Цессія безъ согласія должника была невозможна; римляне видѣли въ этомъ измѣненіе самого цедированнаго обязательства, но жизнь указывала на необходимость ея безъ этого согласія; былъ созданъ институтъ, которымъ достигалась цѣль цессіи—удовлетвореніе цессіонарія безъ цессіи, а путемъ представительства цедента. Однако, съ теченіемъ времени и римляне устранили этотъ искусственно созданный институтъ и признали возможною цессію безъ согласія должника [1]). Ученые, кажется, должны были имѣть въ виду значеніе procura in rem suam и тотъ результатъ, къ которому привелъ римлянъ ихъ здравый юридическій смыслъ. Они должны были понять, что предоставленіе третьему лицу, къ которому сторона имѣетъ обратное требованіе, замѣны выбывшей стороны въ качествѣ procurator in rem suam должно было привести не къ тому, чтобы лицо это стало разсматриваться какъ procurator in rem suam, а какъ pars in rem suam. Это, такъ сказать, естественный результатъ, къ которому нужно было придти. А между тѣмъ, третье лицо учеными было допущено къ участію въ процессѣ или какъ интервеніентъ или какъ procuraor, представитель стороны, дѣйствующій по ея полномочію [2]).

Обращаясь къ современнымъ кодексамъ, мы видимъ, что путемъ litis denunciatio третье лицо приглашается принять участіе въ процессѣ въ качествѣ пособника, и въ тоже время, по смыслу нѣкоторыхъ изъ нихъ, въ качествѣ, по нѣкоторымъ признакамъ, какъ бы отвѣтчика или же прямо въ качествѣ настоящаго отвѣтчика. Такъ, по германскому уставу—оно привлекается въ качествѣ пособника [3]), по французскому кодексу третье лицо, къ которому сторона имѣетъ обратное требованіе можетъ быть привлечено прямо въ качествѣ отвѣтчика или можетъ вступить въ качествѣ интервеніента (и то и другое при garantis simple (при цессіи) et formelle) [4]). Нашъ уставъ признаетъ и то и другое. Третье лицо привлекается въ качествѣ пособника, но затѣмъ, по нѣкоторымъ признакамъ, лицо это является какъ бы отвѣтчикомъ: вступленіе въ процессъ для него обязательно, противъ него принимаются мѣры обезпеченія иска и рѣшеніе постановляется и относительно его [5]). Но возможно ли занятіе третьимъ лицомъ въ процессѣ мѣста выбывшей стороны? Относительно германскаго права надо замѣтить, что взглядъ его на привлеченнаго третьяго, какъ на пособника, не служитъ препятствіемъ признать допустимость этой замѣны, въ виду того, что сила судебнаго рѣшенія распространяется и на него и слѣд.—онъ сторона. Французскій Code de pr. c. прямо допускаетъ эту замѣну, но только относительно отвѣтчика-гаранта, привлеченнаго къ дѣлу по garantie formelle, т.-е. по искамъ объ обратныхъ требованіяхъ (эвикціи) по поводу продажи чужого имущества или установленія въ немъ сервитута. Если же гарантъ вступилъ въ качествѣ интервеніента или по поводу garantie simple былъ привлеченъ—замѣна не допускается [6]). Что касается нашего устава, то въ виду взгляда его на третье лицо, къ которому сторона, привлекшая его къ дѣлу, имѣетъ обратное требованіе, не только какъ на пособника, но и какъ на условнаго отвѣтчика, замѣна выбывшей стороны этимъ лицомъ должна быть допущена и притомъ безъ всякаго полномочія со стороны выбывшаго. Относительно допустимости

---

[1]) Windscheid н. с. т. 2 стр. 222—231.

[2]) Endemann н. с. стр. 271 Renaud н. с. стр. 104 Wetzell н. с. стр. 50.

[3]) C. Pr. Ord. § 69, 71.

[4]) Code de pr. c. art, 182. Boitard н. с. т. I стр. 501.

[5]) Уст. гр. суд. ст. 659 и др.

[6]) Code de pr. c. art. 182, 183. См. Zacharine, Hundb. des franz. Civilr изд. 6 п. 2. I. 320.

ея по нашему уставу имѣются точныя указанія въ мотивахъ редакторовъ. „Привлеченіе третьяго лица, говорятъ они, имѣетъ особенную практическую важность тамъ, гдѣ дѣло идетъ о вотчинной очистки. Здѣсь уже важно мнѣ привлечь своего передатчика къ дѣлу не для того только, чтобы онъ помогалъ защищаться. *Онъ можетъ вмѣсто меня стать къ отвѣту*, и, снявъ съ меня всѣ хлопоты и издержки по дѣлу, очистить меня вполнѣ. Это и для него можетъ быть выгодно: ибо онъ долженъ будетъ, въ случаѣ отчужденія имѣнія, удовлетворить меня за издержки процесса, такъ лучше ему самому вести процессъ на свою экономію" [1]). Эти же соображенія, конечно, примѣняются и къ другимъ случаямъ обратныхъ требованій.

## III. Процессуальная сторона вопроса о тождествѣ спорнаго отношенія.

Процессуальная сторона вопроса о тождествѣ спорнаго отношенія исчерпывается тремя вопросами: кѣмъ возбуждается вопросъ о тождествѣ, какъ онъ разрѣшается и какія послѣдствія влечетъ за собою признаніе или непризнаніе тождества [2]).

### А) Возбужденіе вопроса о тождествѣ спорнаго отношенія.

Изъ указанія на случаи, когда въ процессѣ можетъ возникнуть вопросъ о тождествѣ спорнаго отношенія, еще не видно кѣмъ возбуждается этотъ вопросъ, т.-е. по чьей иниціативѣ, по иниціативѣ-ли стороны или суда, онъ разрѣшается. При разрѣшеніи этого вопроса надо имѣть въ виду, что, какъ было сказано выше, отсутствіе внѣшняго тождества и сохраненіе внутренняго тождества суть условія, первое—возникновенія, второе—бытія процессуальнаго отношенія. Отъ характера этихъ условій зависитъ и то, кѣмъ можетъ быть возбужденъ вопросъ объ отсутствіи того или другого изъ нихъ.

Бюловъ, въ классическомъ сочиненіи своемъ о процессуальныхъ возраженіяхъ, первый далъ толчекъ къ удовлетворительному разрѣшенію вопроса объ условіяхъ процесса. Идя по вновь открытому имъ пути, онъ, естественно, увлекся богатствомъ добытыхъ результатовъ. Видя передъ собою ужасный хаосъ, господствовавшій въ наукѣ въ вопросѣ о процессуальныхъ возраженіяхъ, онъ, для водворенія порядка, прибѣгнулъ къ рѣшительному средству: къ отрицанію самостоятельнаго значенія этихъ возраженій. Указавъ на условія возникновенія процессуальнаго отношенія, онъ пришелъ къ тому, что вопросъ объ отсутствіи въ данномъ процессѣ того или другого изъ этихъ условій всегда возбуждается судомъ ex officio и если сторонѣ и предоставляется указывать суду на это, то эти указанія не суть возраженія, а лишь напоминанія суду о его обязанности [3]). Возраженія суть заявленія матеріально-правовыя [4]). Къ такъ наз. процессуальнымъ возраженіямъ не примѣняется ни одно изъ положеній, установленныхъ по отношенію къ возраженіямъ; даже защитники первыхъ допускаютъ, что могутъ быть такія возраженія, которыя не предъявляются отвѣтчикомъ, а возбуждаются судомъ, т.-е. возраженія, которыя не могутъ быть возраженіями. Это привело Бюлова къ тому, что процессуальное возраженіе въ основаніи своемъ „ложное и больное понятіе" (ein von Grund

[1]) Уст. гр. суд. изд. госуд. канц., стр. 312.

[2]) Въ дальнѣйшемъ изложеніи мы уже не будемъ говорить о коллизіяхъ пророгаціонныхъ и третейскихъ договоровъ, ибо все, что будетъ ниже нами изложено, примѣняется и къ случаямъ, въ которыхъ упомянутая коллизія возникаетъ и притомъ уже тогда, когда коллизія разрѣшена.

[3]) Bülow. Einred, стр. 303.

[4]) Ibid, стр. 258.

aus falscher und kranker Begriff [1]). Измѣняя самое выраженіе „процессуальное возраженіе", Бюловъ замѣняетъ его выраженіемъ процессуальное условіе, предположеніе на отсутствіе котораго стороны могутъ указать суду [2]). Бюловъ, однако, скоро (чрезъ 11 лѣтъ) принесъ покаяніе въ крайности своихъ выводовъ [3]), и главнымъ образомъ того вывода, что понятіе процессуальнаго возраженія ложно „въ самомъ основаніи". Онъ соглашается съ Ветцелемъ, что и стороны могутъ возбуждать процессуальныя возраженія, причемъ говоритъ, что и прежде не безусловно отрицалъ право сторонъ предъявлять эти возраженія. Право „напоминанія суду о его обязанности" тоже-де возраженіе. Такой изворотъ кажется намъ неудачнымъ. Бюловъ совершенно напрасно прибѣгаетъ къ нему, т.-е. въ сущности отрекается отъ своихъ прежнихъ взглядовъ. Въ этомъ, въ виду замѣчаній критики, не предстояло ни малѣйшей надобности. Дѣло въ томъ, что въ своемъ сочиненіи о возраженіяхъ онъ хотя и предоставляетъ отвѣтчику право указывать суду на отсутствіе того или другого условія процесса, но этимъ указаніямъ онъ придаетъ далеко не важное значеніе; это видно уже изъ того, что, допуская ихъ, онъ однако далекъ отъ того, чтобы предоставить сторонѣ право *дѣлать или не дѣлать* эти указанія. А въ этомъ-то произволѣ и заключается суть процессуальнаго возраженія— если сторона не желаетъ его предъявить, судъ самъ не можетъ его возбудить. Очевидно, онъ прежде, говоря о правѣ стороны указывать суду на отсутствіе того или другого условія процесса, и не думалъ допускать процессуальныхъ возраженій, какъ вполнѣ самостоятельныхъ заявленій сторонъ. И онъ былъ совершенно правъ. Тѣ процессуальныя условія, предположенія, о которыхъ онъ тогда говорилъ, принадлежатъ именно къ категоріи условій, за наличностью которыхъ въ каждомъ процессѣ наблюдаетъ самъ судъ ex officio и стороны могутъ лишь ему указать на нихъ, но, разъ указавъ, онѣ уже не вправѣ просить судъ объ игнорированіи ихъ. Оставляя въ сторонѣ эти недоразумѣнія, слѣдуетъ сказать, что, благодаря Бюлову, наука пришла къ богатымъ результатамъ, связавъ вопросъ о процессуальныхъ возраженіяхъ съ вопросомъ объ условіяхъ возникновенія процессуальнаго отношенія. Процессуальнымъ возраженіемъ является уже не всякое заявленіе стороны, что какое либо изъ условій отсутствуетъ, а заявленіе объ отсутствіи условія извѣстнаго рода. Ошибка Бюлова заключалась въ томъ, что, не указавъ на всѣ условія, предположенія возникновенія процесса, онъ имѣлъ въ виду лишь одну категорію ихъ, и притомъ именно ту, которая никакого отношенія къ процессуальнымъ возраженіямъ не имѣетъ; поэтому то онъ и былъ правъ, говоря, что процессуальныхъ возраженій именно въ этомъ смыслѣ быть не можетъ. Ошибка его была исправлена Канштейномъ [4]). Канштейнъ дѣлитъ всѣ условія возникновенія процессуальнаго отношенія на двѣ категоріи: абсолютныя и относительныя. Наличность тѣхъ и другихъ, условно или безусловно, необходима для возникновенія процесса; если обнаружится, что ихъ нѣтъ въ наличности, процессъ считается не правомѣрнымъ. *Абсолютныя* условія суть условія, безъ которыхъ процессъ никоимъ образомъ, ни въ какомъ случаѣ возникнуть не можетъ; они признаются столь важными, что при ихъ отсутствіи желаніе стороны, чтобы процессъ возникъ, въ соображеніе не принимается. Судъ самъ заботится о томъ, чтобы процессъ отвѣчалъ этимъ условіямъ; самъ онъ ex officio возбуждаетъ вопросъ о томъ, имѣются ли въ данномъ процессѣ въ наличности всѣ эти условія. Конечно, въ состязательномъ

---

[1]) Ibid, стр. 14—16.

[2]) Ibid, стр. 394.

[3]) Bülow. Fictionen, стр. 58 пр. 78.

[4]) Canstein, н. с. стр. 13—14.

процессѣ онъ не производитъ слѣдствія, не возбуждаетъ безъ всякихъ основаній вопроса объ этихъ условіяхъ, а исходитъ изъ тѣхъ данныхъ, которыя имѣются въ дѣлѣ. Стороны могутъ ему конечно указать на отсутствіе того или другого условія, но это указаніе, какъ сказано выше, есть ничто иное, какъ напоминаніе объ обязанностяхъ. Къ категоріи этихъ условій, напр., относится: объективная компетенція суда, судейская правоспособность, дѣеспособность стороны и ея представителя и др. Это именно тѣ условія возникновенія процессуальнаго отношенія, которыхъ Бюловъ считаетъ единственными условіями. Всѣмъ имъ присуща одна черта: наличность ихъ требуется по соображеніямъ не частнаго, а публичнаго характера; потому судъ, какъ блюститель публичнаго, государственнаго интереса наблюдаетъ за наличностью ихъ. Совсѣмъ иного характера суть условія, предположенія *относительныя*. Наличность ихъ признается необходимою для возникновенія процессуальнаго отношенія лишь въ томъ случаѣ, когда стороны этого желаютъ. Процессъ можетъ возникнуть и при отсутствіи того или другого изъ этихъ условій, если сторона на него не укажетъ. Судъ самъ не возбуждаетъ вопросъ объ этихъ условіяхъ, хотя бы и видѣлъ изъ дѣла, что даннаго условія не имѣется въ наличности—все дѣло суда сводится къ тому, чтобы послѣ сдѣланнаго стороною заявленія, провѣрить дѣйствительно ли указаннаго условія нѣтъ въ наличности. Эти заявленія стороны и суть *процессуальныя возраженія*. Къ категоріи этихъ относительныхъ условій относится, напр., субъективная компетенція суда, отсутствіе связи между данными дѣлами и другія. Общая всѣмъ имъ черта та, что наличность ихъ требуется по соображеніямъ частнаго характера, въ виду одного частнаго интереса стороны, единственнымъ рѣшителемъ котораго является одно частное лицо. Изъ этого видно, какую пользу принесла наукѣ мысль Бюлова о связи процессуальныхъ возраженій съ условіями возникновенія процесса, и какъ эту связь слѣдуетъ понимать. Могутъ возразить, что почему не назвать процессуальными возраженіями, какъ это сдѣлалъ впослѣдствіи и самъ Бюловъ, заявленія сторонъ объ отсутствіи того или другого абсолютнаго условія процесса. Конечно, условно ихъ можно назвать тоже возраженіями; можно и ихъ и процессуальныя возраженія, въ собственномъ смыслѣ, назвать возраженіями въ общемъ смыслѣ, но они не будутъ процессуальными возраженіями въ собственномъ смыслѣ потому, что возраженіе есть нѣчто вполнѣ самостоятельное, основанное исключительно на процессуальномъ правѣ сторонъ; они подлежатъ особымъ юридическомъ опредѣленіямъ; относительно ихъ установлены извѣстныя специальныя правила, напр., относительно времени ихъ предъявленія: законодатель можетъ установить срокъ, по истеченіи котораго данныя возраженія не могутъ быть предъявлены; хотя мы полагаемъ, что эта срочность не есть необходимое требованіе отъ процессуальнаго возраженія въ собственномъ смыслѣ; ученые едва ли основательно придаютъ этому требованію слишкомъ большое значеніе; все зависитъ отъ характера даннаго возражееія; litis ordinandi gratia установленіе этого срока желательно, если тому не препятствуетъ какое-либо болѣе вѣское соображеніе, касающееся интересовъ тяжущихся. Потому мы и говоримъ, что законодатель можетъ, а не долженъ установлять эти сроки. Ничего подобнаго мы не видимъ въ заявленіяхъ сторонъ объ отсутствіи абсолютныхъ условій; они лишены самостоятельности, какъ возраженія, ибо, съ одной стороны, возбужденіе ихъ лежитъ на обязанности одного суда, съ другой, не только стороны, но и посторонніе лица могутъ указать суду на это; это, слѣдовательно, не исключительное право стороны; нормъ никакихъ относительно предъявленія этихъ указаній, какъ возраженій, не требуется: ни о формѣ ихъ, ни о срокѣ и т. п. —они могутъ быть дѣлаемы въ любой формѣ, во всякое время и т. д.

На добытыхъ такимъ образомъ результатахъ ученіе о процессуальныхъ возраженіяхъ, однако, остановиться не можетъ. Намъ кажется, что нельзя

ограничить понятіе процессуальнаго возраженія одними заявленіями сторонъ объ отсутствіи того или другого относительнаго условія *возникновенія* процессуальнаго отношенія. Кромѣ возникновенія, какъ было показано выше, въ исторіи процессуальныхъ отношеній мы находимъ и другіе моменты—бытіе или движеніе, измѣненіе, прекращеніе, охраненіе. Каждый изъ этихъ моментовъ имѣетъ свои условія, безъ которыхъ обойтись нельзя. Какъ возникнуть процессъ не можетъ при отсутствіи того или другого условія, также точно онъ не можетъ при отсутствіи извѣстныхъ условій двигаться, измѣняться, прекращаться, охраняться. Если же въ данномъ случаѣ этихъ условій въ наличности нѣтъ, то, смотря по характеру того или другого изъ нихъ, сторона или судъ возбуждаютъ объ этомъ вопросъ, и въ случаѣ утвердительнаго его разрѣшенія, даннаго нормальнаго эфекта произойти не можетъ [1]). Въ виду изложеннаго и понятіе процессуальнаго возраженія значительно расширяется, требуется точное указаніе, заявленіе о какихъ именно обстоятельствахъ должно считать процессуальнымъ возраженіемъ и заявленіе о какихъ обстоятельствахъ есть лишь напоминаніе суду объ его обязанности. Обстоятельства эти суть условія, при наличности которыхъ, процессуальное отношеніе только и можетъ возникнуть, двигаться, измѣняться, прекращаться и подлежать охраненію. Общій признакъ, характеризующій эти условія, тотъ, что это суть условія, требуемыя по соображеніямъ государственнаго или частнаго интереса въ сферѣ гражданскаго правосудія. Если процессуальное отношеніе все-таки будетъ считаться возникшимъ, существующимъ, измѣнившимся, прекратившимся и подлежащимъ охраненію, несмотря на отсутствіе того или другого условія, то этимъ будетъ нарушенъ тотъ или другой интересъ, государственный или частный. Эта самая общая характеристика процессуальныхъ условій и вмѣстѣ съ тѣмъ процессуальныхъ возраженій въ самомъ широкомъ смыслѣ этого слова, т.-е. какъ напоминаній суду объ его обязанности, такъ и самостоятельныхъ заявленій сторонъ. Характеристика обыкновенно даваемая этимъ возраженіямъ едва ли вѣрна. До Бюлова считалась неопровержимою и непреложно-вѣрною мысль (имѣющая, какъ думали, корни въ римскомъ правѣ), что процессуальныя возраженія являются видомъ матеріально-правовыхъ возраженій; всѣ возраженія или средства защиты дѣлились на перемпторныя и дилаторныя, разрушительныя, т.-е. парализующія самое право и задерживающія лишь на время осуществленіе права; дилаторныя возраженія раздѣлялись на двѣ категоріи, смотря потому, касаются ли они самаго спорнаго отношенія или процессуальной его стороны или, какъ говорятъ, *основаны* ли они на матеріальномъ или на процессуальномъ правѣ; первыя именуются дилаторными матеріальными,—вторыя—процессуальными возраженіями [1]).

Безпощадная критика Бюлова заставила лучшихъ представителей нашей науки призадуматься. Разстаться съ установившимся мнѣніемъ было тяжело: пришлось вступать въ компромиссъ. Такъ, Ветцель [2]) внесъ въ характеристику установившагося дѣленія возраженій на матеріальныя и процессуальныя ту поправку (по Бюлову), что, въ отличіе отъ матеріально-правовыхъ процессуальными называются возраженія по ихъ отношенію къ условіямъ, предположеніямъ процесса. Онъ уже вовсе не говоритъ о томъ, что возраженія эти *основаны* на процессуальномъ правѣ, въ отличіе отъ матеріально-правовыхъ,

---

¹) И. Менгеръ (н. с. стр. 292—293) дѣлаетъ Бюлову то возраженіе, что указанными имъ предположеніями процесса, а слѣдовательно и процессуальными возраженіями, не исчерпывается все ихъ количество.

²) Renaud н. с. стр. 213—214. Jocoton—Des exceptions de proc. civ. стр. 1—7. Unger н. с. т. 2 стр. 472 пр. 3 и другіе.

³) Wetzell н. с. стр. 136 пр. 95.

основанныхъ на матеріальномъ правѣ. Хотя онъ еще не имѣлъ въ виду относительныхъ процессуальныхъ условій, изъ коихъ многія основаны на матеріальномъ правѣ, но предвидѣлъ, что съ этимъ различеніемъ „по основаніямъ" далеко не уйдешь. Какъ видно, Бюловъ со своими доказательствами вызвалъ эту сдержанность Ветцеля. И дѣйствительно, можно-ли говорить о различіи этихъ видовъ возраженій „по основаніямъ?" Развѣ такое безспорно процессуальное возраженіе, какъ exceptio litis pendentis не основана на матеріальномъ спорномъ отношеніи, а именно на тождествѣ двухъ этихъ отношеній или exceptio connexitatis causarum не основана на связи двухъ спорныхъ отношеній? [1]). Ветцель видитъ различіе между этими возраженіями болѣе въ послѣдствіяхъ ихъ предъявленія. Другой изъ современныхъ процессуалистовъ, Менгеръ [2]), уже рѣшительно отрицаетъ различіе этихъ возраженій по основанію. Хотя прямо онъ этого не говоритъ, но это очевидно уже изъ того, что онъ одно и тоже возраженіе, exceptio rei judicacae, признаетъ и процессуальнымъ и матеріальнымъ возраженіями, несмотря на то, что „основаніе" ихъ совершенно одно и тоже. По его мнѣнію, одно и тоже возраженіе, exceptio rei judicatae можетъ имѣть двѣ различныя цѣли, и по различію цѣлей будетъ или матеріально-правовымъ, или процессуальнымъ возраженіемъ. Если оно предъявлено съ тою цѣлью, чтобы въ искѣ было отказано, въ виду того, что спорное отношеніе уже формализировано, то это матеріальное возраженіе; если же съ тою цѣлью, чтобы не былъ начатъ новый процессъ, въ виду того, что по поводу даннаго отношенія споръ уже былъ оконченъ, то это процессуальное возраженіе. Весь смыслъ этого разграниченія раскроется передъ нами, если придать ему общее значеніе относительно всѣхъ возраженій. Въ сущности, какъ это подтвердится дальнѣйшимъ изложеніемъ, Менгеровское различіе сводится къ тому, что, если exceptio rei judicatae предъявлена до разсмотрѣнія дѣла по существу, то она процессуальное возраженіе; отвѣтчикъ желаетъ, чтобы дѣло не было и начато. Если же exceptio эта предъявлена во время разсмотрѣнія дѣла, то это возраженіе матеріальноправовое. Не трудно убѣдиться въ ошибочности этого мнѣнія. Неужели же все различіе между процессуальными и матеріальными возраженіями можно выводить изъ времени ихъ предъявленія? Неужели цѣль дѣлаетъ данное возраженіе матеріальнымъ или процессуальнымъ? Но Менгера смутило такое соображеніе: если предоставить отвѣтчику право предъявить это возраженіе только до разсмотрѣнія дѣла по существу, а затѣмъ отнять у него это право, то это явно несправедливо; онъ прямо порицаетъ законодательства, принявшія такой взглядъ. Если же допустить предъявленіе этого возраженія только во время разсмотрѣнія дѣла по существу, то это лишь напрасно осложнитъ процессъ; зачѣмъ доводить дѣло до разсмотрѣнія, когда гораздо удобнѣе вовсе его не разсматривать, а лишь разсмотрѣть одно возраженіе? Это совершенно основательное соображеніе; но мы не видимъ почему же данное возраженіе, предъявленное при разсмотрѣніи дѣла по существу, вдругъ обращается изъ процессуальнаго въ матеріально-правовое? Положимъ, что цѣль даннаго возраженія, которая можетъ быть достигнута въ началѣ (неначатія процесса), не можетъ быть достигнута впослѣдствіи. Но этого еще мало для признанія возраженія матеріальноправовымъ. Не всѣ возраженія, которыя могутъ быть предъявлены уже при разсмотрѣніи дѣла по существу, непремѣнно являются возраженіями матеріально-правовыми. Вотъ мы и подошли къ самому корню недоразумѣнія. Изъ того обстоятельства, что нѣкоторыя возраженія предъявляются лишь во время разсмотрѣнія дѣла по существу, обыкновенно выводятъ, что возраженія эти каса-

---

[1]) Strithorst. н. с. стр. 130.

[2]) Menger, н. с. стр. 363—365 пр. 10.

ются существа дѣла и слѣд. суть возраженія матеріально-правовое. Ошибка тутъ заключается въ томъ, что на процессуальныя возраженія смотрятъ лишь какъ на заявленія, которыя непремѣнно должны быть предъявлены до истеченія опредѣленнаго срока, по истеченіи-же его уже предъявленіе ихъ невозможно. Положеніе это совершенно неосновательно и несправедливо во многихъ случаяхъ, и между прочимъ въ случаѣ предъявленія exceptio rei judicatae. Exceptio rei judicatae, будучи предъявлена до или во время разсмотрѣнія дѣла по существу, остается тѣмъ же процессуальнымъ возраженіемъ, влекущимъ за собою непремѣнно одно отрицательное послѣдствіе, а именно, признаніе процессуальнаго отношенія не возникшимъ; если оно предъявляется до разсмотрѣнія дѣла по существу, то это признаніе процессуальнаго отношенія не возникшимъ выражается въ томъ, что дѣло и не доводится до разсмотрѣнія по существу, а если оно предъявлено во время этого разсмотрѣнія, то уже *не доводить* дѣла до разсмотрѣнія невозможно, а остается лишь *прекратить* его разсмотрѣніе. И то, и другое чисто процессуальныя послѣдствія. Для предотвращенія указываемыхъ Менгеромъ неудобствъ, вызываемыхъ возможностью предъявленія этого возраженія либо только до, либо только во время разсмотрѣнія дѣла по существу, нѣтъ вовсе надобности смотрѣть на возраженія, предъявляемыя во время разсмотрѣнія дѣла, какъ на матеріально правовыя, Въ этомъ нѣтъ надобности съ точки зрѣнія самого же Менгера. Вѣдь онъ, какъ мы сказали, придаетъ большое значеніе цѣли предъявленія возраженія; если такъ, то, слѣдовательно, цѣль стороны, предъявляющей exceptio rei judicatae во время разсмотрѣнія дѣла не та, ради которой сторона предъявляетъ это возраженіе до разсмотрѣнія дѣла? Сомнѣваемся. Отвѣтчикъ имѣетъ и въ томъ и въ другомъ случаѣ одну цѣль—не отвѣчать по иску; для него совершенно безразлично, будетъ ли онъ освобожденъ отъ отвѣта въ силу отказа въ искѣ или въ силу прекращенія производства.

Изъ изложеннаго видно, насколько неустойчивы воззрѣнія на возраженія вообще, и на процессуальныя въ частности. Разобраться въ этомъ вопросѣ необходимо. Мы полагаемъ, что между матеріально-правовыми и процессуальными возраженіями есть различіе въ самомъ содержаніи,—первыя заключаются въ отрицаніи того или другого условія возникновенія, бытія, измѣненія, прекращенія, охраненія даннаго матеріальнаго правоотношенія. Такъ, отвѣтчикъ можетъ возразить или 1) что данное право вовсе не возникло, напр. что истецъ не былъ дѣеспособенъ при заключеніи договора, или 2) что право существовало, но прекратилось напр. исполненіемъ обязательства, или 3) что право измѣнилось, напр. уплачена часть долга, или 4) истецъ можетъ возразить, что право не прекратилось, что нѣтъ въ наличности, какъ это утверждаетъ отвѣтчикъ, условій прекращенія права, напр.. что срокъ давности не истекъ, или 5) отвѣтчикъ можетъ возразить, что данное право не подлежитъ охраненію, осуществленію судебнымъ путемъ, напр., что долгъ произошелъ по игрѣ или для игры. Что же касается процессуальныхъ возраженій, то всѣ они заключаются въ отрицаніи условій возникновенія бытія или движенія, измѣненія прекращенія и охраненія процессуальнаго отношенія. Такъ, во 1-хъ, истецъ или отвѣтчикъ могутъ возразить, что процессуальное отношеніе вовсе не можетъ возникнуть потому напр., что повѣренный противной стороны не легитимированъ, или, во 2-хъ, отвѣтчикъ можетъ возразить, что процессъ не можетъ продолжаться, ибо, напр., послѣ констатированія размѣра убытковъ дѣла вышло изъ подсудности даннаго суда, или, въ 3-хъ, сторона можетъ возразить, что процессуальное отношеніе измѣнилось, но что измѣненіе не соотвѣтствуетъ законнымъ условіямъ, напр,, истецъ можетъ возразить, что къ первоначальному процессуальному отношенію присоединилось другое въ формѣ встрѣчнаго иска, который не можетъ быть погашенъ съ искомъ первоначальнымъ; въ 4-хъ, истецъ можетъ противъ возраже-

нія отвѣтчика возразить, что процессуальное отношеніе не прекратилось, напр. что дѣло лишь пріостановилось, и въ 5-хъ, сторона можетъ возразить, что данное процессуальное отношеніе не подлежитъ извѣстной охранѣ, напр., что рѣшеніе не подлежитъ апелляціи.

Выставляемый нами критерій, кажется, достаточно проченъ для точнаго, рѣзкаго разграниченія двухъ основныхъ категорій возраженій, если только, конечно, установить точнымъ образомъ всѣ условія возникновенія, бытія, измѣненія, прекращенія и охраненія матеріально-правовыхъ и процессуальныхъ отношеній. Въ этомъ вопросѣ, конечно, гражданское право сдѣлало гораздо больше, чѣмъ наука процесса, которая точно также постепенно обращается въ чисто юридическую науку. Установленный критерій дѣлаетъ совершенно яснымъ запутанный вопросъ о возможности отдѣльнаго разсмотрѣнія судомъ процессуальныхъ возраженій и о послѣдствіяхъ, вызываемыхъ этими возраженіями. Если данное возраженіе возбуждаетъ вопросъ объ извѣстномъ процессуальномъ условіи, то въ возможности отдѣльнаго его разсмотрѣнія не можетъ быть сомнѣнія. Что же касается послѣдствій,—вопросъ о нихъ рѣшается очень просто: если недостаетъ въ процессѣ условія возникновенія, онъ считается не возникшимъ, если недостаетъ условія существованія, онъ не можетъ продолжаться, — условія прекращенія, онъ не считается прекратившимся,—условія измѣненія, не измѣнившимся,—условія охраненія — не подлежащимъ охранѣ. Все сказанное о возраженіяхъ примѣняется и къ случаямъ возбужденія даннаго вопроса судомъ ex officio. Если наличность извѣстнаго условія необходима въ видахъ публичнаго и государственнаго интереса, то вопросъ объ отсутствіи этого условія возбуждается судомъ ex officio.

Обращаясь къ вопросу о тождествѣ спорнаго отношенія, мы должны сказать, что онъ, въ громадномъ большинствѣ случаевъ, возбуждается тяжущимися сторонами; съ отсутствіемъ внѣшняго тождества и сохраненіемъ внутренняго тождества, какъ уже мы видѣли выше, связаны весьма серьезные частные интересы и лишь въ рѣдкихъ случаяхъ, какъ показано будетъ ниже, еще и общій интересъ въ сферѣ гражданскаго правосудія. Говоря это, мы какъ будто отступаемъ отъ того, что нами сказано было въ опредѣленіи принципа тождества. Мы сказали, что принципъ тождества есть принципъ, въ силу котораго процессуальное отношеніе *можетъ возникнуть лишь въ томъ случаѣ*, когда спорное отношеніе, являющееся поводомъ его, свободно отъ внѣшняго тождества, а затѣмъ, возникнувъ, *можетъ продолжать свое существованіе* лишь при сохраненіи спорнымъ отношеніемъ своего внутренняго тождества. Въ опредѣленіи выступаетъ не юридическая, а фактическая возможность. Изъ того, что при наличности внѣшняго тождества процессуальное отношеніе *не можетъ* возникнуть, и потерявъ внутреннее тождество *не можетъ* продолжать свое существованіе, какъ будто можно вывести, что при отсутствіи этихъ условій процессуальное отношеніе фактически *абсолютно* возникнуть или существовать не можетъ. Это надо оговорить. Если мы говоримъ *не можетъ*, то этимъ не предрѣшаемъ вопроса, абсолютно-ли или только въ отсутствіи заявленія стороны процессуальное отношеніе фактически возникнуть или продолжать свое существованіе не можетъ. Не внесли мы болѣе точное указаніе на это въ самое опредѣленіе потому, что не хотѣли его удлиннять, тѣмъ болѣе, что слова „не можетъ“ указываютъ одинаково и на абсолютную, и на относительную фактическую невозможность и на невозможность юридическую. Мы увидимъ ниже, что процессуальное отношеніе во многихъ случаяхъ фактически можетъ возникнуть и существовать несмотря на наличность внѣшняго и потерю внутренняго тождества, если только стороны заинтересованныя своевременно не заявятъ, не пожелаютъ заявить объ этомъ; но когда заявленіе сдѣлано и оно основательно, то процессуальное отношеніе и фактически не можетъ ни возникнуть, ни существовать. Но упомянутая фак-

тическая возможность не есть еще возможность юридическая; юридически, логически процессуальное отношеніе тутъ возникнуть или существовать не можетъ; если процессуальное отношеніе фактически возникло при тождествѣ споровъ, то предполагается отсутствіе тождества или если фактически оно продолжаетъ свое существованіе при потери тождества, то предполагается, что тождество не потеряно. Выводомъ изъ положительныхъ законодательствъ является то положеніе, что отсутствіе внѣшняго тождества и сохраненіе внутренняго тождества спорнаго отношенія весьма часто относятся къ категоріи относительныхъ условій: первое — къ условіямъ возникновенія, второе — къ условіямъ движенія процессуальнаго отношенія, т.-е. условіямъ вопросъ объ отсутствіи которыхъ возбуждается на судѣ сторонами; но въ нѣкоторыхъ случаяхъ судъ ex officio можетъ возбудить вопросъ о внутреннемъ тождествѣ, такъ что въ этихъ случаяхъ сохраненіе внутренняго тождества спорнаго отношенія является уже абсолютнымъ условіемъ движенія процессуальнаго отношенія.

Обратимся сначала къ отдѣльнымъ случаямъ возбужденія вопроса о тождествѣ сторонами, а затѣмъ къ вопросу о возбужденіи его судомъ ex officio.

*а) Возбужденіе вопроса о тождествѣ спорнаго отношенія сторонами.*

Стороны могутъ возбудить вопросы о наличности внѣшняго или объ отсутствіи внутренняго тождества, т.-е. могутъ предъявить соотвѣтствующія возраженія. Что касается возраженія о наличности внѣшняго тождества спорнаго отношенія, то, замѣтимъ, это родовое понятіе включаетъ въ себѣ рядъ отдѣльныхъ возраженій или самостоятельнаго характера или смѣшаннаго, въ томъ смыслѣ, что, являясь возраженіями о тождествѣ, въ тоже время входитъ, какъ видовое понятіе, въ составъ также и другого возраженія, какъ понятія родового. На таковой характеръ этихъ возраженій мы въ своемъ мѣстѣ укажемъ, а теперь обратимся къ разсмотрѣнію отдѣльныхъ возраженій; мы изложимъ ихъ въ томъ порядкѣ, въ какомъ изложены нами случаи, когда возникаетъ вопросъ о тождествѣ.

*аа) Возраженіе о неподсудности въ виду тождества даннаго спорнаго отношенія съ другимъ, подлежащимъ въ силу пророгаціоннаго договора разрѣшенію другого государственнаго суда.*

Мы видѣли выше, что правила о компетенціи судебныхъ учрежденій, при извѣстныхъ условіяхъ, могутъ быть измѣняемы пророгаціоннымъ договоромъ. Самая возможность измѣненія этихъ правилъ указываетъ на относительный ихъ характеръ; слѣдовательно, если истецъ предъявляетъ искъ въ данный судъ, а не въ пророгированный, то судья, хотя бы онъ зналъ, что по поводу иска, тождественнаго съ предъявленнымъ, былъ заключенъ пророгаціонный договоръ, не вправѣ возбуждать этого вопроса — возбуждаетъ его отвѣтчикъ. Это возраженіе, въ основаніи котораго лежитъ пророгаціонный договоръ, есть одинъ изъ видовъ возраженій о неподсудности [1]). Заключеніемъ пророгаціоннаго договора всѣ суды, кромѣ пророгированнаго, какъ-бы объявляются некомпетентными—компетентенъ лишь одинъ. Слѣдовательно, если не этому а другому суду предъявляется данный искъ, то можно сказать, что онъ предъявленъ въ некомпетентный судъ и отвѣтчикъ можетъ предъявить возраженіе о неподсудности. Вообще подсудность, которая можетъ быть измѣнена соглашеніемъ сторонъ, принадлежитъ къ категоріи относительныхъ условій возникновенія процесса и, слѣдовательно, вопросъ о нарушеніи ея можетъ быть возбужденъ только отвѣтчикомъ. Если законодательство, какъ напримѣръ германское, признаетъ, что лишь правила относительной компетенціи, объективной или субъективной, могутъ быть измѣнены соглашеніемъ, то относитель-

[1]) Bayer н. с. стр. 247.

ная компетенція есть одно изъ относительныхъ условій возникновенія процесса; если же оно, какъ нашъ уставъ, французскій и австрійскій, признаютъ лишь правила субъективной компетенціи подлежащими отмѣнѣ, то можно сказать, субъективная компетенція суда есть таковое условіе. Кромѣ того, насколько ограничена возможность соглашенія между сторонами, на столько и ограниченными являются эти условія. Такъ, мы видѣли, что, по ошибочному мнѣнію нѣкоторыхъ ученыхъ, римское право для дѣйствительности такового соглашенія требовало согласія суда; это же принято по мнѣнію ученыхъ французскимъ кодексомъ относительно общихъ судовъ. Если это требованіе признается необходимымъ, то оно можетъ быть внесено въ составъ условій процесса, и потому по этимъ кодексамъ субъективная компетенція является относительнымъ условіемъ возникновенія процесса лишь въ томъ смыслѣ, что при наличности его процессуальное отношеніе возникаетъ *лишь съ согласія суда*. Конечно, благодаря этому субъективная компетенція суда не обращается въ абсолютное условіе: судъ *не обязанъ* возбуждать вопроса объ отсутствіи ея ex officio, но онъ можетъ это сдѣлать; въ этомъ и еще разъ сказывается вся несообразность требованія согласія суда: или судъ долженъ возбудить извѣстный вопросъ или не долженъ. Благодаря этому требованію субъективная компетенція суда по этимъ кодексамъ обращается въ какое то смѣшанное условіе,—съ одной стороны судъ не обязанъ возбуждать вопроса объ отсутствіи ея,—отвѣтчикъ можетъ его возбудить, съ другой—и судъ можетъ возбудить этотъ вопросъ по той простой причинѣ, что ему можетъ быть нежелательно разбирать дѣла, подсудныя другому, хотя и однородному суду. Законодательства, наше, австрійское и германское, не требующія согласія суда при пророгаціи, конечно, признаютъ, первое и второе—субъективную, третье—относительную компетенцію суда относительнымъ условіемъ, безъ всякихъ ограниченій, почему и вопросъ объ отсутствіи ихъ можетъ быть возбужденъ только отвѣтчикомъ. Но какъ бы то ни было, относительная или субъективная компетенція суда есть относительное условіе процесса, причемъ совершенно безразлично является ли данный судъ относительно или субъективно компетентнымъ въ силу закона или въ силу пророгаціоннаго договора. Будутъ ли нарушены, подлежащія по соглашенію сторонъ отмѣнѣ, правила компетенціи, указанныя въ законѣ или правила, установленныя въ пророгаціонномъ договорѣ—это все равно.

Такъ какъ возраженіе о неподсудности въ силу пророгаціоннаго договора есть видъ возраженій о неподсудности вообще, то понятно, что законодательства о немъ не упоминаютъ. И процессуальныя правила, касающіяся послѣднихъ, примѣняются, или вѣрнѣе, должны быть примѣняемы къ первому. Различіе только въ разрѣшеніи возбужденнаго вопроса: въ первомъ случаѣ, какъ увидимъ ниже, судъ разрѣшаетъ вопросъ о тождествѣ двухъ спорныхъ отношеній: отношенія, предложеннаго на разсмотрѣніе суда и отношенія, о которомъ идетъ рѣчь въ пророгаціонномъ договорѣ; во второмъ, судъ разрѣшаетъ вопросъ о подсудности на основаніи закона.

Возраженіе о неподсудности всѣми современными законодательствами признается за процессуальное возраженіе. Римское право и общегерманскій процессъ хотя и допускали это возраженіе, но не въ смыслѣ самостоятельнаго, не какъ возраженіе въ собственномъ смыслѣ. Они держались того правила, что ptraeoris est enim aestimare an sua est juridictio [1]). Компетенція суда *вообще* была абсолютнымъ условіемъ возникновенія процесса, такъ что возраженіе отвѣтчика было скорѣе напоминаніемъ объ обязанности самого суда. Предъявлять его можно было лишь въ стадіи in jure, т.-е. до разсмотрѣнія

---

[1]) L. 5. D. de jurisd. 5. 1.

дѣла по существу [1]). Не такъ взглянули на это новыя законодательства. Такъ, германскій уставъ уже не даетъ суду права ex officio возбуждать вопросъ объ относительной подсудности, а предоставляетъ это отвѣтчику, и притомъ какъ процессуальное возраженіе [2]). Точно также и нашъ уставъ предъявленіе возраженія о неподсудности, т.-е. указаніе на субъективную некомпетентность суда, предоставляетъ только отвѣтчику;—между условіями процесса, возбужденіе вопроса объ отсутствіи коихъ предоставляется суду, о субъективной компетенціи не упоминается [3]). Вопросъ объ отсутствіи субъективной компетенціи нѣсколько иначе разрѣшается во французскомъ законодательствѣ. Если по нашему и германскому уставамъ постановленія, касающіяся возбужденія вопроса о субъективной компетенціи рѣзко отличаются отъ постановленій объ объективной компетенціи, то по французскому относительно общихъ судовъ,—если принять указанное уже выше мнѣніе ученыхъ—постановленія о субъективной компетенціи нѣсколько приближаются къ постановленіямъ объ объективной компетенціи. Общее правило таково, что вопросъ о субъективной компетенціи не возбуждается судомъ ex officio. Но если принять въ соображеніе, что судья можетъ уклониться отъ разрѣшенія дѣла, по которому онъ пророгированъ, то ему дается тѣмъ право въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ возбуждать вопросъ о своей субъективной компетенціи—въ свое оправданіе онъ можетъ сослаться на совершенно законное свое опасеніе, что онъ пророгированъ. Слѣдовательно, по этому законодательству вопросъ о неподсудности можетъ быть возбужденъ: 1) судомъ, но, какъ сказано было выше, онъ не обязанъ этого дѣлать и 2) отвѣтчикомъ, какъ самостоятельное возраженіе объ отсутствіи субъективной компетенціи суда, которое, въ виду пророгаціоннаго договора, подчиняется тѣмъ же правиламъ относительно времени ихъ возбужденія, какъ и всѣ возраженія объ отсутствіи субъективной компетенціи. Право возбуждать эти возраженія есть, говоря словами Бюлова, преклюзивное право [4]). Такъ какъ субъективная или относительная компетенція есть относительное условіе возникновенія процесса, слѣдовательно, вопросъ объ отсутствіи ея возбуждается отвѣтчикомъ въ силу его частнаго интереса, то нѣтъ препятствія, въ видахъ ускоренія процесса, поставить извѣстный срокъ, позже котораго возраженія эти предъявлены быть не могутъ. Такъ, дѣйствительно, взглянули на дѣло и современныя законодательства. По германскому праву срокъ предъявленія возраженія о неподсудности—разсмотрѣніе дѣла по существу въ засѣданіи суда, причемъ, это ограниченіе касается возраженій, не объ отсутствіи компетенціи общей, а объ отсутствіи относительной компетенціи. Если, однако, отвѣтчикъ своевременно не предъявилъ этого возраженія, не имѣвъ, не по своей винѣ, возможности сдѣлать это, то ему предоставляется предъявить это возраженіе и во время засѣданія; въ остальныхъ случаяхъ онъ безусловно теряетъ право воспользоваться этимъ возраженіемъ [5]). Австрійское право предъявленіе возраженія объ отсутствіи субъективной компетенціи ограничиваетъ моментомъ litis contestatio, т.-е. первымъ отвѣтомъ отвѣтчика на искъ или срокомъ для предъявленія этого отвѣта [6]). Французскій кодексъ указываетъ лишь на то, что возраженіе о неподсудности предъявляется ранѣе другихъ; уже наукѣ предоставляется различать, и она различаетъ, подсудность ratione materiae и personae и требуетъ

¹) Bülow—Einred. стр. 92.
²) CPr. Ord. § 247 p. 1.
³) Уст. гр. суд. ст. 571, 584, 585.
⁴) Bülow-Fiction. стр. 42.
⁵) Schelling н. с. стр. 172—179.
⁶) Canstein н. с. т. II стр. 34.

предъявленія возраженія объ отсутствіи послѣдней, т.-е. объ отсутствіи субъективной компетенціи, in limine litis [1]); это выводъ a contrario изъ смысла ст. 170, говорящей, что вопросъ объ отсутствіи объективной компетенціи возбуждается судомъ ex officio и можетъ быть возбужденъ стороною во всякое время; если такъ, то вопросъ объ отсутствіи субъективной компетенціи не можетъ быть возбужденъ во всякое время; всего лучше, конечно, возбуждать его in limine litis. Непредъявленіе этого возраженія своевременно влечетъ за собою не принятіе его судомъ въ соображеніе. Нашъ уставъ полагаетъ срокомъ предъявленія этого возраженія—подачу первой отвѣтной бумаги, а если она не была подана, то первое засѣданіе суда. Имѣетъ онъ въ виду возраженіе объ отсутствіи субъективной компетенціи суда, исключая компетенцію по мѣсту нахожденія недвижимаго имущества. Вопросъ объ отсутствіи объективной компетенціи и о субъективной — по мѣсту нахожденія недвижимаго имущества, по нашему уставу, возбуждается судомъ ex officio, причемъ, какъ уже было сказано выше, всѣ, кому угодно, а слѣдовательно и стороны, могутъ ему указать на это и обязать его возбудить вопросъ [2]). Талантливый комментаторъ нашего устава, г. Анненковъ, жалѣетъ о томъ, что редакторы нашего устава не внесли въ него art. 170, въ силу котораго сторонѣ дается право предъявить возраженіе о неподсудности á raison de la matiere — en tout etat de cause; по его мнѣнію этимъ былъ-бы восполненъ пробѣлъ устава относительно времени предъявленія возраженія о подсудности по роду дѣлъ [3]). Намъ кажется, что пробѣла тутъ нѣтъ, или если есть, то жалѣть о томъ не приходится, ибо уставъ говоритъ, что самъ судъ возбуждаетъ вопросъ о подсудности по роду дѣлъ, т.-е. объ объективной компетенціи; вопросъ этотъ есть вопросъ публичнаго права, а потому и можетъ быть возбужденъ судомъ во всякомъ положеніи дѣла [4]). Отсюда уже вполнѣ ясно, если судъ во всякое время можетъ, т.-е. долженъ возбудить этотъ вопросъ, то и тяжущіеся во всякое время могутъ ему указать на необходимость исполненія имъ этой обязанности. Такъ, если и есть пробѣлъ въ уставѣ, то все-таки не важный. Значеніе указаннаго въ ст. 375 срока рѣшительное, т.-е. безплодное истеченіе его влечетъ за собою полное прекращеніе права предъявить упомянутое возраженіе.

Но кромѣ этого срока, общаго всѣмъ процессуальнымъ возраженіямъ, французскій и нашъ кодексы [5]) выставили еще особое требованіе относительно возраженія о неподсудности — оно должно быть предъявлено ранѣе другихъ. Мотивъ этого закона тотъ, что, благодаря этому ограниченію, не замедляется производство предъявленіемъ возраженій, неимѣющихъ столь рѣшительное вліяніе на процессъ, какъ возраженіе о неподсудности. Мнѣ кажется, что законъ этотъ есть скорѣе совѣтъ, даваемый отвѣтчику, чѣмъ юридическое правило. Если возводить его въ юридическое правило, то пришлось-бы придать ему смыслъ, какъ это дѣлаютъ Жокотонъ [6]), Анненковъ [7]) и друг., правила въ высшей степени несправедливаго. Если, говорятъ они, предъявлено до истеченія срока другое возраженіе, то тѣмъ самымъ отвѣтчикъ лишается права на предъявленіе возраженія о неподсудности — предполагается его согласіе на данную подсудность. Слѣдовательно, выходитъ такъ, что если отвѣт-

---

[1]) Boitard н. с. т. I стр. 242. Bonnier н. с. стр. 162. Mourlon н. с. стр. 713, 7.

[2]) Уст. гр. суд. ст. 587.

[3]) Code de p. c. art. 169. Уст. гр. суд. ст. 574.

[4]) Анненковъ н. с. т. III стр. 97, 98.

[5]) Уст. гр. суд. ст. 584.

[6]) Jocoton н. с. стр. 15.

[7]) Анненковъ н. с. т. II стр. 104.

чикъ еще имѣетъ право предъявить возраженіе о неподсудности, даже до наступленія срока подачи первой отвѣтной бумаги, то онъ, благодаря тому, что предъявилъ, напр., возраженіе объ отсутствіи правоспособности у повѣреннаго, лишается права предъявить возраженіе о подсудности. Намъ кажется, что нашъ и французскій уставы неудачно выразили совершенно вѣрную мысль; слѣдовало бы сказать, что *судъ разрѣшаетъ сначала возраженіе о неподсудности*, если оно своевременно предъявлено: установленіе срока предъявленія этого возраженія и то требованіе, чтобы всѣ процессуальныя возраженія были предъявлены одновременно, достаточно гарантируетъ отъ непомѣрнаго замедленія процесса.

*бб) Возраженіе о неподсудности въ виду тождества даннаго спорнаго отношенія съ другимъ, подлежащимъ разрѣшенію третейскаго суда.*

Третейскимъ договоромъ создается особый судъ, дѣйствующій по особымъ правиламъ; вмѣстѣ съ тѣмъ устанавливается особая подсудность даннаго спора. И тутъ, благодаря третейскому договору, всѣ остальные суды, кромѣ третейскаго, являются некомпетентными. Если отвѣтчикъ, въ случаѣ предъявленія истцомъ иска въ государственный судъ, ссылается на третейскій договоръ, то онъ въ сущности предъявляетъ возраженіе о неподсудности дѣла первому суду; такъ что возраженіе, основанное на третейскомъ договорѣ, есть возраженіе въ техническомъ смыслѣ слова; въ немъ въ отрицательной формѣ выражено не абсолютное, а относительное условіе возникновенія процесса.— Объективная компетенція суда есть одно изъ абсолютныхъ условій процесса, но въ виду признанія законности третейскихъ договоровъ, условіе это не можетъ быть формулировано столь общимъ образомъ, а непремѣнно съ указаніемъ на исключеніе; формулируется оно такъ: объективная компетенція, за исключеніемъ дѣлъ подлежащихъ третейскому разбирательству. Если сторона, несмотря на то, что договоръ заключенъ, не желаетъ ему подчиниться,—государственный судъ, которому дѣло подсудно по закону, не можетъ, въ виду этого договора, ex officio уклониться отъ разрѣшенія дѣла, еслибъ оно было ему предложено. Если государство, въ извѣстныхъ случаяхъ, допускаетъ отмѣну третейскимъ договоромъ правилъ объективной компетенціи, то оно именно тѣмъ самымъ указываетъ на исключительность этихъ случаевъ. Указанная оговорка, конечно, не нарушаетъ абсолютнаго характера правилъ объективной компетенціи вообще. Третейскимъ договоромъ они могутъ быть отмѣнены лишь въ видѣ исключенія. Но, какъ уже было пояснено выше, государство слагаетъ съ себя отвѣтственность за рѣшеніе третейскаго суда. Государство, будучи заинтересовано въ сохраненіи правилъ объективной компетенціи, на этотъ разъ отказывается отъ охраны своего интереса, и объявляетъ себя не заинтересованнымъ въ возбужденіи вопроса о существованіи третейскаго договора, т.-е. въ нарушеніи правилъ объективной компетенціи [1]).

Такъ смотрятъ на это и современныя законодательства. Какъ мы видѣли выше, французское и наше устанавляютъ законный срокъ третейскаго договора, если стороны объ этомъ не позаботятся; по истеченіи срока договоръ считается ipso jure прекратившимся, а другія, напр., германское, не требуя установленія срока, предоставляютъ сторонѣ право требовать, въ случаѣ медленности, уничтоженія договора судебнымъ порядкомъ. Мотивъ этихъ постановленій—предупрежденіе замедленія производства—уже указываетъ на то, что возбужденіе этого возраженія дѣло отвѣтчика; мотивъ этотъ можетъ быть выраженъ и въ такой формѣ: не желательно, чтобы отвѣтчикъ могъ *вѣчно*

---

[1]) Потому-то Канштейнъ (н. с. т. II стр. 20) не безъ основаній причисляетъ компетенцію суда по дѣлу, подлежащему третейскому разбирательству, къ относительнымъ условіямъ возникновенія процесса.

*пользоваться возраженіемъ* о подсудности дѣла третейскому, а не государственному суду. И дѣйствительно, замедлять производство дѣла въ интересѣ отвѣтчика; интересъ этотъ получаетъ практическое выраженіе въ безграничномъ предоставленіи отвѣтчику права уклоняться отъ отвѣта, ссылаясь на третейскій договоръ. Если бы законодательства признали необходимымъ возбужденіе вопроса о третейскомъ договорѣ самимъ судомъ, они не представляли бы сторонамъ права опредѣлять срокъ договора и требовать уничтоженія его. Все, что установлено третейскимъ договоромъ есть, какъ говоритъ Боатаръ, la loi de parties [1]). О процессуальной сторонѣ этого возраженія законодательства умалчиваютъ, что, какъ и въ предыдущемъ случаѣ, объясняется тѣмъ, что возраженіе это есть въ сущности возраженіе о неподсудности, только основанное не на законѣ непосредственно, а на третейскомъ договорѣ [2]). Законодательства, говоря о возраженіяхъ о неподсудности, какъ видно изъ употребляемыхъ ими выраженій, не предрѣшаютъ того, въ силу какихъ основаній данное дѣло неподсудно тому суду, на разрѣшеніе котораго оно предложено. Они говорятъ лишь, что отвѣтчикъ можетъ возразить, что онъ est apeller devant un tribunal autre que celui qui doit connaitre [3]), что онъ можетъ предъявить возраженіе „der Unzuständigkeit des Gerichts" [4]), можетъ предъявить „отводъ... когда дѣло подсудно другому суду" [5]). Эти выраженія столь широки, что не мѣшаютъ видѣть въ возраженіи о тождествѣ даннаго дѣла съ дѣломъ, о которомъ идетъ рѣчь въ третейскомъ договорѣ, возраженіе о неподсудности.

Возраженія эти возбуждаются отвѣтчикомъ, а не судомъ и тогда, когда искъ предъявленъ въ государственный судъ, коему дѣло подсудно не по закону, а въ силу пророгаціоннаго договора, въ отмѣну котораго стороны заключили третейскій договоръ. Истецъ предъявляетъ искъ въ пророгированный судъ, отвѣтчикъ заявляетъ, что не этому, а третейскому суду подсуденъ споръ.

Такъ какъ разсматриваемое возраженіе есть въ сущности возраженіе о неподсудности, то и къ нему примѣняются вышеизложенныя правила касательно срока его предъявленія.

Что касается возбужденія вопроса о тождествѣ въ видѣ возраженія о неподсудности его третейскому суду, то, конечно, можно посовѣтовать третейскимъ судьямъ, чтобы они не возбуждали этого вопроса; но ставить имъ это въ непремѣнную обязанность нельзя—весь процессъ третейскій вполнѣ арбитрарный, стоящій внѣ нормъ закона.

*вв) Возраженіе о тождествѣ даннаго дѣла съ другимъ, производящимся въ другомъ судѣ* (exceptio litis pendentis).

Къ относительнымъ условіямъ возникновенія процессуальнаго отношенія Канштейнъ относитъ и отсутствіе тождества спорнаго отношенія съ отношеніемъ, уже находящимся на разрѣшеніи другаго суда [6]). И дѣйствительно, всѣ законодательства приняли то положеніе, что въ случаѣ обнаруженія этого тождества, процессъ прекращается,—считается никогда не возникшимъ. Всѣ они предоставляютъ отвѣтчику, а не суду, право возбуждать вопросъ о наличности этого тождества въ данномъ процессѣ. Но не слѣдуетъ думать, что законодатель предоставилъ это право отвѣтчику, въ виду того, что это воз-

---

[1]) Boitard н. с. т. 1 стр. 613.
[2]) Förster н. с. т. 1 стр. 234.
[3]) Code de pr. c. art. 168.
[4]) C. Pr. Ord § 217.
[5]) Уст. гр. суд. ст. 571.
[6]) Canstein н. с. т. II стр. 22 (хотя онъ выражаетъ свою мысль нѣсколько иначе).

раженіе есть тоже возраженіе о неподсудности. Различіе между ними существенное: въ одномъ случаѣ отвѣтчикъ уклоняется отъ отвѣта, въ виду того, что данный судъ не обладаетъ законною компетенціею, въ другомъ—вопросъ о компетенціи оставляется совершенно въ сторонѣ, ибо весьма легко можетъ случиться, что оба суда компетентны; напр., А предъявилъ искъ по мѣсту жительства Б, а затѣмъ, преемникъ А предъявляетъ тотъ же искъ къ В, наслѣднику Б, по мѣсту его жительства. При предъявленіи возраженія о тождествѣ даннаго дѣла съ дѣломъ производящимся, отвѣтчикъ лишь говоритъ, что дѣло уже производится и что безполезно и опасно предлагать двумъ судамъ рѣшеніе одного и того же дѣла [1]). Затѣмъ, по предъявленіи основательнаго возраженія litis pendentis, дѣло въ одномъ судѣ прекращается, а въ другомъ идетъ своимъ теченіемъ, а при exceptio fori incompetentis—въ другомъ судѣ дѣло еще только можетъ быть начато; при exceptio litis pendentis —предполагается консумція иска; при exceptio fori incompetentis—этого нѣтъ. Римляне взглянули на вопросъ практически. Марцеллъ выставилъ правило: ubi acceptum est semel judicium ibi et finem accipere debet [2]). Это положеніе, говоря, что вторичный тождественный искъ предъявленъ быть не можетъ, далеко отъ смѣшенія exceptio litis pendentis съ exc. fori incompetentis; въ немъ прямо говорится, что judicium acceptum est, чего нѣтъ при exc. fori incompetentis. Точно также нельзя выводить исключительное право отвѣтчика на предъявленіе exceptio litis pendentis изъ того, что оно матеріально-правовое возраженіе. Взглядъ на такой характеръ этого возраженія высказывался нерѣдко [3]). Обыкновенно исходятъ изъ того, что основаніе этого возраженія матеріально-правовое: въ основаніи его лежитъ Anspruch: судъ тутъ рѣшаетъ вопросъ о тождествѣ двухъ спорныхъ отношеній. Мы выше видѣли, что по *основаніямъ* возраженія не могутъ быть дѣлимы на категоріи. Что касается того, что это возраженіе матеріально-правовое, ибо тутъ судъ рѣшаетъ вопросъ о тождествѣ двухъ спорныхъ отношеній, то это опровергается слѣдующимъ соображеніемъ. Вѣдь внѣ спора, что возраженіе о неподсудности есть чисто процессуальное возраженіе, а между тѣмъ, и тутъ суду приходится рѣшить вопросъ о тождествѣ, напр., при неподсудности дѣла въ виду пророгаціоннаго договора. Наконецъ, содержаніе этого возраженія указываетъ на то, что оно есть возраженіе процессуальное: отвѣтчикъ здѣсь желаетъ не рѣшенія дѣла по существу, а прекращенія дѣла въ данномъ судѣ. Возбуждается это возраженіе отвѣтчикомъ по той простой причинѣ, что государству нѣтъ интереса возбуждать его ex officio. Общія соображенія, заставляющія законодателя строить процессъ на состязательномъ началѣ, заставляютъ и въ данномъ случаѣ освободить автономное частное лицо изъ подъ опеки государства. То зло, которое причинило слѣдственное начало въ области гражданскаго процесса, та опека суда, которая и у насъ до судебной реформы дискретировала судъ, гораздо опаснѣе тѣхъ исключительныхъ случаевъ, когда тяжущійся, не зная, что противъ него уже предъявленъ искъ, вступаетъ въ отвѣтъ. Сохраняя въ цѣлости такое благодѣтельное начало законодательной политики, какъ состязательное, можно обставить отправленіе правосудія такими гарантіями, чтобы въ этихъ исключительныхъ случаяхъ оно не страдало.

Всѣ законодательства представляютъ отвѣтчику право предъявлять это возраженіе [4]); однако, нѣкоторыя ограничиваютъ это право извѣстнымъ сро-

---

[1]) Boitard н. с. т. 1 стр. 332.

[2]) Marcellus въ L. 30 D. de judic. 5, 1.

[3]) Strithorst н. с. стр. 131.

[4]) Code d. pr. 171 C. Pr. Odr. § 247 p. 3 Ö. G. Ord. § 70 уст. гр. суд. ст. 271 и contrario 584.

комъ—смотрять на него, какъ на право преклюзивное. Французскій кодексъ не ограничиваетъ предъявленія его никакимъ срокомъ и новѣйшія теорія и практика, въ противность прежней, воздерживаются отъ всякой аналогіи, изъ которой могла бы быть выведена срочность этого права отвѣтчика [1]). Германскій и нашъ уставы хотя и ограничиваютъ это возраженіе, какъ и возраженіе о неподсудности, срокомъ, но допускается и предъявленіе его во всякомъ положеніи дѣла, а именно, когда отвѣтчикъ во время вступленія въ отвѣтъ [2]) vor der Verhandlung zur Hauptsache [3]) не зналъ о томъ, что тождественный искъ уже предъявленъ [4]). Понятно само собою, что при предъявленіи этого возраженія совершенно безразлично, находится ли тождественный споръ на разрѣшеніи государственнаго или третейскаго суда.

и) *Возраженіе о рѣшенномъ дѣлѣ* (exceptio rei judicatae).

Господствующее въ наукѣ мнѣніе видитъ въ этомъ возраженіи возраженіе матеріально-правовое. Мы выше уже довольно подробно остановились на этомъ вопросѣ и видѣли, что время и цѣль предъявленія этого возраженія, какъ думаетъ Мангеръ, не могутъ имѣть рѣшающаго значенія въ вопросѣ о томъ, какое это возраженіе. Не можетъ имѣть таковое значеніе и то, какое рѣшеніе лежитъ въ основаніи exceptio rei judicatae, обвинительное или оправдательное. По мнѣнію Шрутки-Рехтенштамма, если въ основаніи этого возраженія лежитъ обвинительное рѣшеніе, то возраженіе есть процессуальное, если оправдательное—матеріально-правовое. Аргументація Шрутки сводится къ тому, что въ процессѣ, вновь возбужденномъ, отвѣтчикъ въ первомъ случаѣ ссылается только на то, что судъ уже разъ призналъ право истца, а во второмъ, онъ ссылается на то матеріально-правовое обстоятельство, что данное право истца уничтожено судебнымъ рѣшеніемъ [5]). Такой критерій кажется намъ мнимымъ, обманчивымъ; основанъ онъ болѣе на словахъ, на способѣ возраженія. Въ обоихъ случаяхъ отвѣтчикъ заявляетъ, что судъ высказался о существованіи права, въ обоихъ,—что судъ уже разъ разсмотрѣлъ данное право; въ обоихъ случаяхъ въ характерѣ возраженія отвѣтчика никакой разницы нѣтъ, въ виду чего юридическій эфектъ ихъ не можетъ быть различный. Такъ что признакъ, указанный Шруткою, не можетъ имѣть рѣшающаго значенія. Такое значеніе можетъ имѣть лишь то, является ли отсутствіе судебнаго рѣшенія по данному праву, условіемъ возникновенія процессуальнаго отношенія или условіемъ существованія самаго права, если оно является условіемъ существованія права, то основательное заявленіе отвѣтчика, что данное право уже признано или не признано судебнымъ рѣшеніемъ есть матеріально-правовое возраженіе и влечетъ за собою признаніе судомъ несуществованія даннаго права въ лицѣ истца. Намъ кажется, что отсутствіе судебнаго рѣшенія не можетъ быть условіемъ существованія права потому, что судъ не создаетъ правъ, а лишь констатируетъ и утверждаетъ или не утверждаетъ то матеріально-правовое основаніе, на которомъ зиждется данное право; судебное рѣшеніе лишь устраняетъ всякое сомнѣніе насчетъ правильности даннаго юридическаго основанія; слѣдовательно, если отсут-

---

[1]) Bonnier н. с. стр. 163.

[2]) Вполнѣ согласенъ съ г-мъ Анненковымъ въ необходимости замѣны въ ст. 576 слова „при" словами „ко времени" н. с. т. III стр. 93.

[3]) Уст. гр. суд. ст. 576 C. Pr. Ord. § 247.

[4]) Въ ст. моей „Возраженіе о рѣшенномъ дѣлѣ" (журн. гр. и уг. пр. 1882 г. кн. 6 стр. 104—114) я, разрѣшая вопросъ по русскому праву, проводилъ господствующее въ наукѣ мнѣніе.

[5]) Schrutka Rechtenstamm въ рец. на н. соч. Канштейна въ Zeitschr fur d. Pr. und Öffent. Recht 1882 B. X. S. 181—182.

ствуетъ судебное рѣшеніе, то есть лишь нѣкоторое вѣроятіе, что данное право существуетъ въ лицѣ истца; если оно имѣется въ наличности, то въ существованіи или несуществованіи этого основанія не можетъ быть сомнѣнія. Что же касается послѣдствій основательнаго заявленія отвѣтчика, что данное право признано или не признано судебнымъ рѣшеніемъ, то они не могутъ заключаться въ томъ, что за истцомъ вновь признается или не признается данное право; этого не можетъ быть потому, что судъ уже разъ призналъ или не призналъ данное право. Было бы профанаціею суда заставлять его безчисленное множество разъ признавать или не признавать наличность даннаго юридическаго основанія права. Могутъ возразить, что во второмъ рѣшеніи судъ уже не входитъ въ новое разсмотрѣніе юридическаго основанія перваго, а въ силу состоявшагося рѣшенія отказываетъ въ искѣ. На это можно отвѣтить, что хотя фактически судъ и не входитъ въ разсмотрѣніе основанія, но юридически, въ виду того, что онъ постановляетъ рѣшеніе о правѣ, а не создаетъ права, предполагается, что онъ лишь призналъ это основаніе. И въ самомъ дѣлѣ, въ дѣйствительности получается довольно странный результатъ—судъ не признаетъ даннаго права въ виду существующаго судебнаго рѣшенія, какъ будто бы это послѣднее есть юридическое основаніе права. Не малую долю недоразумѣній внесла въ этотъ вопросъ мысль, высказанная даже въ одномъ кодексѣ, а именно въ саксонскомъ [1]), что изъ судебнаго рѣшенія возникаетъ самостоятельное право. Если только возникаетъ таковое право, то, конечно, возраженіе о рѣшенномъ дѣлѣ будетъ возраженіемъ матеріально-правовымъ. Но можно ли съ этимъ согласиться? Если бы судебное рѣшеніе создало самостоятельное право, то это кореннымъ образомъ противорѣчило бы тому незыблемому положенію, что res judicata jus facit inter partes. Если судебнымъ рѣшеніемъ признается извѣстное право, то оно признается именно по отношенію къ данному лицу, субъективно, а не по отношенію ко всякому, не объективно. А между тѣмъ, говоря, что изъ рѣшенія возникаетъ право, въ сущности, говорятъ, что извѣстное право признается объективно. Могутъ возразить, что изъ рѣшенія возникаетъ самостоятельное право по отношенію къ данному лицу. Если такъ, то это не самостоятельное право, опять-таки потому, что юридическое основаніе разъ признано и вновь признанію не подлежитъ и подлежать не можетъ и не должно. Въ виду этихъ соображеній мы не можемъ признать правильнымъ господствующее мнѣніе. Возраженіе о рѣшенномъ дѣлѣ есть процессуальное возраженіе. Въ этомъ насъ убѣждаетъ еще содержаніе этого возраженія — состоитъ оно не въ отрицаніи условія существованія права, а въ отрицаніи одного изъ условія возникновенія процесса [2]). Мало того, не можетъ не поразить всякаго знакомаго съ литературою процесса то странное явленіе, что многіе ученые, напр., Ветцель [3]), Шеллингъ [4]) и другіе, признающіе exceptio litis pendentis процессуальнымъ возраженіемъ, считаютъ exceptio rei judicatae возраженіемъ матеріально-правовымъ, не смотря даже на признаваемое многими изъ нихъ сходство между этими возраженіями [5]).

Признавая exc. rei judicatae процессуальнымъ возраженіемъ, мы высказываемъ мысль вовсе не новую. Уже глосаторы полагали, что предъявленіемъ этого возраженія отвѣтчикъ освобождается отъ обязанности вступать въ процессъ

---

[1]) Sächs bürg. Gesetzb. § 176.
[2]) Canstein н. с. т. II стр. 28.
[3]) Wetzell н. с. стр. 162, 573.
[4]) Schelling н. с. стр. 172, 283.
[5]) Ibid стр. 172.

цессъ [1]). Изъ современныхъ ученыхъ и Рено того же мнѣнія [2]). Менгеръ и Шрутка-Рехтенштамъ, какъ мы видѣли, тоже при извѣстныхъ, вышеуказанныхъ условіяхъ признаютъ его таковымъ. Эндеманъ высказываетъ мысль, изъ которой слѣдовало бы сдѣлать тотъ выводъ, что по его мнѣнію это возраженіе процессуальное: онъ полагаетъ, что вопросъ о томъ, что дѣло уже рѣшено слѣдовало бы суду возбуждать ex officio [3]). Съ этимъ мнѣніемъ нельзя согласиться по тѣмъ же соображеніямъ, по которымъ мы не считали возможнымъ принять мнѣніе французскихъ процессуалистовъ объ exceptio lilts pendentis.

Что касается процессуальныхъ кодексовъ, то они, за исключеніемъ австрійскаго и нашего, совершенно умалчиваютъ объ exceptio rei judicatae. Признаютъ это возраженіе матеріально—правовымъ гражданскіе кодексы [4]). Относительно австрійскаго права достаточно сказать, что отъ него, въ этомъ вопросѣ, Менгеръ приходитъ въ восторгъ; если отвѣтчикъ по извѣщеніи объ искѣ заявляетъ, что дѣло уже разъ было рѣшено, то это процессуальное возраженіе, а если онъ это заявляетъ во время процесса, то это матеріально правовое возраженіе [5]). Нашъ уставъ относитъ возраженіе о рѣшенномъ дѣлѣ къ возраженіямъ матеріально-правовымъ [6]). Сначала, какъ мы уже имѣли случай упомянуть, предполагалось это возраженіе отнести къ отводамъ т.-е. процессуальнымъ возраженіямъ, а затѣмъ, въ виду того, что при разрѣшеніи вопроса объ основательности этихъ возраженій приходится обратиться къ существу дѣла, его отнесли къ матеріально правовымъ возраженіямъ. На ошибочность этого мнѣнія нами уже указано выше. Развѣ при причисленіи того или другого возраженія къ категоріи процессуальныхъ, критеріемъ можетъ служить отсутствіе надобности при рѣшеніи вопроса объ основательности возраженія обратиться къ существу дѣла? Въ немалую ошибку впало большинство редакторовъ нашего устава, отождествивъ возраженіе о рѣшенномъ дѣлѣ напр., съ возраженіемъ объ исполненіи обязательства и тому подобными возраженіями о превращеніи права иска. Сопоставляя эти возраженія, сразу бросается въ глаза особое положеніе, занимаемое судебнымъ рѣшеніемъ въ ряду другихъ обстоятельствъ, въ силу коихъ самое право прекратило свое существованіе, каковы исполненіе обязательства, давность, новація, заключающаяся въ мировой сдѣлкѣ. Остается только отъ души пожалѣть, что мнѣніе меньшинства не восторжествовало.

Все сказанное нами о возраженіи о рѣшенномъ дѣлѣ одинаково примѣняется, какъ къ тѣмъ случаямъ, когда рѣшеніе постановлено государственнымъ судомъ, такъ и тогда, когда оно постановлено судомъ третейскимъ.

---

Разсмотрѣвъ возраженія о наличности внѣшняго тождества, переходимъ къ ученію о возбужденіи вопроса о потерѣ спорнымъ отношеніемъ своего внутренняго тождества.—Къ разряду условій бытія или существованія процессуальнаго отношенія должно быть причислено сохраненіе спорнымъ правоотношеніемъ, являющимся поводомъ возникновенія и существованія процессуальнаго отношенія, своего внутренняго тождества. Если спорное отношеніе потеряло свое тождество т.-е. стало инымъ, то оно способно лишь вызвать новое про-

---

[1]) Ulpianus въ L. 23 § 8 D. de condictione indebeti 12. 6 и др.

[2]) Renaud н. с. стр. 610—614.

[3]) Endemann н. с. стр. 597.

[4]) Code civil art. 1351 Sächs. b. Gsb. § 176 и др.

[5]) Menger н. с. стр. 363—365 пр. 10.

[6]) Ус. гр. суд. ст. 589 см. мою ст. Возраженіе о рѣш. дѣлѣ стр. 111—114.

цессуальное отношеніе, но уже для продолженія прежняго процессуальнаго отношенія оно негодно. Иначе говоря, если истецъ предъявитъ во время процесса новое требованіе или въ процессъ вступитъ вмѣсто выбывшей стороны нелегитимированное лицо, то продолженіе процесса противно интересамъ отвѣтчика или другихъ лицъ или государства—судъ не можетъ разрѣшить этотъ измѣнившійся споръ; онъ можетъ или прекратить разсмотрѣніе дѣла или игнорировать измѣненіе т.-е. признать, что измѣненія вовсе не произошло; но разрѣшить новое спорное отношеніе онъ не можетъ. Если, какъ мы сказали, при потерѣ внутренняго тождества процессуальное отношеніе не можетъ продолжать своего существованія, то это не значитъ, что должно прекратиться то процессуальное отношеніе, которое прежде возникло и затѣмъ, такъ сказать, переродилось; продолжать свое существованіе не можетъ лишь это новое, переродившееся отношеніе. При измѣненіи спорнаго отношенія мы, собственно говоря, имѣемъ передъ собою два отношенія, прежнее и новое, поглотившее первое; это-то послѣднее, новое не способно продолжать процессъ, вызванный первымъ, прежнимъ.

Но мы сказали, что сохраненіе тождества есть условіе существованія процессуальнаго отношенія. Мы видѣли какія важныя интересы частныхъ лицъ связаны съ сохраненіемъ внутренняго тождества. Признавать, что при потерѣ спорнымъ отношеніемъ своего тождества процессъ, въ измѣненномъ видѣ, все-таки можетъ продолжаться, значитъ совершенно игнорировать эти интересы. Но признавая эти интересы, законодатель иногда возводитъ ихъ въ общій, государственный, интересъ правосудія. Въ однихъ случаяхъ сторонамъ предоставляется признать отсутствіе измѣненія, хотя бы въ дѣйствительности измѣненіе это произошло; въ другихъ судъ дѣйствуетъ ex officio, какъ органъ власти. Возбужденіе вопроса объ этомъ измѣненіи т.-е. о томъ, что оно произошло, предоставляется и сторонѣ, и суду.

Укажемъ сначала на случаи перваго рода. Возраженіе о потерѣ внутренняго тождества заключаетъ въ себѣ два вида—возраженіе объ измѣненномъ искѣ и возраженіе о вступленіи въ процессъ, на мѣсто выбывшей стороны, нелегитимированнаго лица.

*дд) Возраженіе объ измѣненномъ искѣ* (exceptio mutationis libelli).

Этимъ возраженіемъ наука весьма мало занималась, не выработавъ и техническаго термина для него. Въ ученіи объ измѣненіи иска главное вниманіе было обращено на вопросъ о моментѣ, съ котораго искъ не могъ быть измѣненъ и о томъ, когда искъ считается измѣненнымъ. Вопросъ о томъ, что не судъ ex officio, а отвѣтчикъ долженъ возбудить вопросъ объ измѣненіи иска, не подвергался и сомнѣнію, причемъ ученые выражались такимъ образомъ, что отвѣтчикъ можетъ подчиниться или неподчиниться измѣненію [1]). Это то послѣднее неподчиненіе и выражается въ видѣ предъявленія возраженія. Что возраженіе это процессуально-правовое тоже внѣ сомнѣнія; оно является въ видѣ отрицательнаго выраженія одного изъ условій существованія процессуальнаго отношенія; условіе это—неизмѣненіе истцомъ своего первоначально-заявленнаго требованія.—Если онъ его измѣняетъ, то уже это переродившееся, какъ мы сказали, отношеніе, какъ поводъ даннаго процесса, существовать не можетъ—судъ не можетъ его разрѣшить. Хотя судъ тутъ и входитъ въ разрѣшеніе вопроса о тождествѣ двухъ матеріально-правовыхъ отношеній и слѣд. касается существа дѣла, тѣмъ не менѣе это возраженіе не касается ни одного изъ условій матеріальнаго права истца. Нѣтъ основаній относить его къ категоріи матеріально-правовыхъ возраженій. Но спрашивается, можно ли относить неизмѣнность иска къ относительнымъ условіямъ

---

[1]) Renaud н. с. стр. 173, 174 Bülow, Fictionen стр. 47 Endemann н. с. стр. 628.

процесса и слѣд. не дозволять суду возбуждать вопросъ объ измѣненіи иска? Мы сильно въ этомъ сомнѣваемся. Мнѣніе установившееся въ наукѣ и въ законодательствахъ, говорящихъ о возраженіи объ измѣненномъ искѣ—противъ насъ. Тѣмъ не менѣе мы не признаемъ его вѣрнымъ. Частный интересъ, связанный съ неизмѣнностью иска, какъ мы показали въ первой главѣ, конечно достаточно серьезенъ для того, чтобы запрещать измѣненіе, даже еслибы никакого публичнаго интереса съ неизмѣнностью не было связана. Но къ этому частному интересу присоединяется и другой—интересъ правосудія; благодаря этому интересъ отвѣтчика подлежитъ, такъ сказать, усиленной охранѣ. Запрещеніе измѣнять искъ должно быть установлено по соображеніямъ публичнаго права —ради сохраненія наивозможнаго порядка въ дѣлѣ отправленія правосудія. Вопросъ о „порядкѣ“ въ производствѣ дѣлъ есть вопросъ публичнаго права, на рѣшеніе котораго не можетъ вліять воля, усмотрѣніе частнаго лица.

Что касается процессуальныхъ кодексовъ, то опредѣленія ихъ касательно этого возраженія весьма скудны. Во французскомъ они и вовсе отсутствуютъ, но изъ этого еще нельзя выводить, что отвѣтчикъ лишается возможности противиться измѣненію иска. Мы выше указали, въ силу какихъ соображеній, основанныхъ на отдѣльныхъ постановленіяхъ Code de proc. c. надо признать, что и этотъ кодексъ запрещаетъ измѣнять исковое требованіе. Запрещеніе это имѣетъ и должно имѣть практическую санкцію. Боатаръ съ увѣренностью, недопускающею и тѣни сомнѣнія, восклицаетъ устами истца, измѣнившаго свой искъ; vous pourriez me *repondre*, avec grand raison, que je n'ai pas le droit de soumettre... une demande imprévu pour vous [1]). Германскій уставъ хотя не употребляетъ выраженія „возраженіе объ измѣненномъ искѣ“, но говоритъ, что если отвѣтчикъ не возражаетъ, то предполагается его согласіе на измѣненіе и т. д. [2]). Шеллингъ [3]) уже прямо говоритъ объ „Einrede der unstathaften Aenderung der Klage“, которая дается истцу. Австрійскій же кодексъ столь категорично запрещаетъ измѣненіе иска въ письменномъ процессѣ, что ни о какомъ возраженіи отвѣтчика не можетъ быть и рѣчи; если бы истецъ желалъ измѣнить искъ, то онъ долженъ просить разрѣшенія суда [4]). Что касается нашего устава, то вопросъ о допустимости возраженія (въ собственномъ смыслѣ) объ измѣненіи иска рѣшить трудно, ибо прямыя указанія на взглядъ законодателя отсутствуютъ. Противъ исключительнаго права отвѣтчика возбуждать вопросъ объ измѣненіи иска, кромѣ общаго вышеуказаннаго соображенія, говоритъ категорическое выраженіе ст. 332: „истецъ не вправѣ измѣнять“ и т. д.; объ отвѣтчикѣ ни слова: ни слова о томъ, что отвѣтчикъ можетъ согласиться на измѣненіе требованія или можетъ возражать. 332 ст. производитъ впечатлѣніе велѣнія, обращеннаго законодателемъ къ судьѣ: истецъ не вправѣ! Въ пользу противнаго мнѣнія, по которому исключительно отвѣтчику, а не суду, должно быть предоставлено право возбуждать этотъ вопросъ, говорятъ лишь общія соображенія, которыя въ уставѣ не находятъ себѣ почвы. Г. Малышевъ [5]) требуетъ согласія отвѣтчика на измѣненіе иска, изъ чего видно, что онъ предоставляетъ и по нашему процессу лишь отвѣтчику право возбуждать вопросъ объ измѣненномъ искѣ. Иного мнѣнія г. Анненковъ [6]): онъ присоединяется къ нашему мнѣнію [7]).

---

[1]) Boitard н. с. т. I стр. 75.

[2]) CPr Ord. 9240.

[3]) Schelling н. с. стр. 174.

[4]) Öst. Ger. Ord. § 48, 49.

[5]) Малышевъ н. с. т. I стр. 377.

[6]) Анненковъ н. с. т. IV стр. 377.

[7]) См. мою статью „Принципъ тождества“ въ журн. гр. и уг. права 1882. кн. 8 стр. 118.

Изъ всѣхъ законодательствъ одно германское указываетъ на срокъ, до истеченія коего возраженіе объ измѣненномъ требованіи можетъ быть отвѣтчикомъ возбуждено, именно: до перваго засѣданія по дѣлу [1]). По остальнымъ законодательствамъ возраженіе это можетъ быть возбуждено во всякое время до постановленія рѣшенія.

*ее) Возраженіе о вступленіи въ процессъ, на мѣсто выбывшаго противника, нелегитимированнаго лица* (exceptio deficientis legiitmationis ad causam successionis).

Этому возраженію нельзя придавать значенія процессуальнаго возраженія въ собственномъ смыслѣ, ибо возбужденіе вопроса о правѣ вновь вступившаго лица замѣнить тяжущагося принадлежитъ исключительно суду,—онъ ex officio возбуждаетъ этотъ вопросъ. Это—возраженіе въ смыслѣ Бюлова (1868 г.) т.-е. напоминаніе суду объ его обязанности.

*б) Возбужденіе вопроса о тождествѣ спорнаго отношенія судомъ* ex officio.

Эта оффиціальная дѣятельность суда допускается въ томъ случаѣ, когда въ теченіе процесса вступаетъ на мѣсто той или другой стороны лицо, или само заявляющее, или о которомъ сторона заявила, что оно имѣетъ право или обязано замѣнить выбывшую или выбывающую сторону. При вступленіи такого сторонняго лица спорное отношеніе теряетъ свое внутреннее тождество: спорное отношеніе становится инымъ вслѣдствіе происшедшей перемѣны субъектовъ. Если судъ возбуждаетъ вопросъ о правомѣрности замѣны, то, въ сущности, онъ возбуждаетъ вопросъ о потерѣ внутренняго тождества.

Но вправѣ ли судъ возбуждать этотъ вопросъ? Обратимся сначала къ вопросу о legitimatio ad causam, затѣмъ—о legitimatio ad causam successionis при переходѣ права до процесса, и, наконецъ,—объ этой легитимаціи при замѣнѣ лицъ во время процесса. Что касается legitimatio ad causam въ общемъ смыслѣ, то, какъ было сказано выше, мы вполнѣ присоединяемся къ новѣйшему взгляду, что вопросъ объ этой legitimatio есть вопросъ матеріальнаго права и какъ таковой, въ силу состязательнаго начала, судомъ возбужденъ быть не можетъ. — Тоже самое слѣдуетъ сказать и о legitimatio ad causam successionis въ тѣхъ случаяхъ, когда successio произошла до процесса; въ этомъ случаѣ на разрѣшеніе суда будетъ находиться вопросъ не о процессуальномъ преемствѣ, а о преемствѣ исключительно матеріально-правовомъ. Тутъ legitimatio ad causam successionis есть ничто иное, какъ legitimatio ad causam. Иное дѣло,—вопросъ о legitimatio ad causam successinis при замѣнѣ лицъ во время процесса. Необходимость возбужденія его самимъ судомъ ex officio основана на слѣдующихъ соображеніяхъ. Вопросъ о legitimatio ad causam successionis при замѣнѣ субъектовъ во время процесса есть вопросъ о возможности вступленія въ роль истца или отвѣтчика, слѣдовательно вопросъ процессуальный. Скажутъ, что вопросъ этотъ не можетъ быть рѣшенъ безъ разсмотрѣнія существа дѣла, т.-е. того матеріальнаго отношенія, которое обусловливаетъ возможность вступленія въ ту или другую процессуальную роль. Такъ, возможность вступленія лица въ качествѣ наслѣдника обусловливается наличностью права на наслѣдство, цедента и надлежащаго истца — правомъ на искъ, надлежащаго отвѣтчика — обязанностью отвѣчать, лица нераздѣльно обязаннаго или уполномоченнаго—нераздѣльностью правъ и обязанностей лица, къ коему сторона имѣетъ обратное требованіе — обязанностью по этому требованію. Но уже выше было показано, что вопросъ о многихъ процессуальныхъ возраженіяхъ, въ процесссуальномъ

---

[1]) C. Pr. Ord. § 241.

характеръ коихъ никто не сомнѣвается, тоже не можетъ быть разрѣшенъ безъ разсмотрѣнія матеріально-правового отношенія. Все различіе лишь въ томъ, что въ этихъ вопросахъ спорное отношеніе не подлежитъ разрѣшенію, а обсуждается лишь съ тою цѣлью, чтобы разрѣшить вопросъ процессуальный. Слѣдовательно, какъ вопросъ не матеріальнаго, а процессуальнаго права, онъ *можетъ* быть разрѣшенъ судомъ ex officio. Но *долженъ ли* онъ быть имъ разрѣшенъ? И это несомнѣнно: наличность legitimatio ad causam successionis у лица, вступающаго въ процессъ на мѣсто выбывшей стороны, есть абсолютное условіе существованія процессуальнаго отношенія. Если лицо это не имѣетъ права замѣнить собою истца или отвѣтчика, то судъ не можетъ разрѣшить даннаго спорнаго отношенія. Это было бы противно самымъ элементарнымъ понятіямъ о гражданскомъ, да и о всякомъ правосудіи. Процессъ происходитъ между *А* и *Б*, *Б* умираетъ или просто не является въ судъ, за него является *В*, вступаетъ въ его роль съ злонамѣренною цѣлью проиграть процессъ — и судъ позволяетъ это? Онъ допускаетъ это даже въ случаѣ протеста противной стороны? Это было бы профанаціею суда: онъ вѣдь видитъ, что просто прохожій является въ судъ и заступаетъ мѣсто стороны. Мнѣ кажется, если ex officio возбуждается вопросъ о legitimatio ad processum и ad praxim повѣреннаго, то невозбуждать вопроса о legitimatio ad causam successionis невозможно, просто не позволительно. Мы видѣли выше, что противная сторона имѣетъ несомнѣнный интересъ въ устраненіи нелегитимированнаго замѣстителя, но кромѣ этого, въ томъ же заинтересованы и лица отсутствующія, третьи лица, да и государство заинтересовано въ томъ, чтобы не было случаевъ злоумышленнаго извлеченія выгодъ на чужой счетъ. — Замѣна одного лица другимъ должна быть правомѣрною, и это, мы видѣли, бываетъ тогда, когда преемникъ замѣняетъ выбывшаго предшественника, когда, на мѣсто ненадлежащаго истца и отвѣтчика, вступаетъ надлежащій, когда на мѣсто одного изъ нераздѣльно соуправомоченныхъ или обязанныхъ вступаетъ другой, и когда на мѣсто стороны вступаетъ лицо, къ которому она имѣетъ право обратнаго требованія. Въ этихъ случаяхъ лицо, вступающее на мѣсто выбывшей стороны, не можетъ быть устранено, — замѣна правомѣрна, вновь вступающій долженъ быть легитимированъ.

Возбуждая ex officio вопросъ о легитимаціи или, иначе, вопросъ о томъ, нарушено ли внутреннее тождество спорнаго отношенія, судъ рѣшаетъ его на основаніи тѣхъ данныхъ, которыя указываютъ на правомѣрность происшедшей замѣны лицъ. Если эта замѣна правомѣрна, тождество не нарушается.

Что касается современныхъ законодательствъ, то еслибы они даже совершенно умалчивали о необходимости возбужденія этого вопроса судомъ ex officio, то она могла бы быть выведена изъ того всѣмъ имъ общаго принципа, что судъ jus facit *inter partes*, что онъ рѣшаетъ споръ между опредѣленными лицами; поэтому законъ и требуетъ, напр., подписи, обозначенія имени, фамиліи, званія сторонъ на тѣхъ бумагахъ, которыя подаются въ судъ; требуется это ради того, чтобы для суда было очевидно, что тѣ же лица стоятъ въ процессѣ отъ начала его и до конца. Но есть въ законодательствахъ и частныя указанія на это. Не говоря уже о само собой понятной необходимости для суда возбудить при вступленіи наслѣдника или цессіонарія, вопросъ о томъ, имѣютъ ли они на это право, судъ долженъ сдѣлать это и въ другихъ случаяхъ. О тѣхъ случаяхъ, когда отвѣтчикъ указываетъ на надлежащаго истца и этотъ послѣдній желаетъ вступить въ процессъ на мѣсто ненадлежащаго, нечего говорить: возраженіе отвѣтчика влечетъ за собой отказъ въ искѣ, и замѣна невозможна. Что же касается того случая, когда надлежащій истецъ вступаетъ по своей иниціативѣ, то судъ ex officio долженъ, по смыслу законодательствъ, какъ мы видѣли, рѣшить вопросъ о возможности его вступленія

подъ видомъ вопроса о правѣ его быть представителемъ выбывшаго. Далѣе, по прямому указанію современныхъ кодексовъ nominatio auctoris подлежитъ обсужденію суда—auctor ранѣе не допускается, пока не удостовѣритъ своего права (о нашемъ уставѣ, не допускающемъ замѣны, нечего говорить). Что касается, затѣмъ, лицъ нераздѣльно сообязанныхъ и соуправомоченныхъ, то замѣна одного другимъ совершается, какъ мы видѣли, путемъ вступленія перваго по правиламъ вступленія пособниковъ. Заявленіе лица, желающаго вступить, подлежитъ по нашему и французскому законодательствамъ предварительному обсужденію суда и въ этомъ смыслѣ, можно сказать, судъ возбуждаетъ вопросъ о правомѣрности замѣны [1]); по германскому и австрійскому этого не требуется. Несмотря на очевидную разумность предварительнаго обсужденія судомъ вопроса о возможности вступленія третьяго въ качествѣ пособника, нѣкоторые ученые, напр., Менгеръ, считая это обсужденіе излишнимъ, высказываются въ пользу германскаго и австрійскаго законодательствъ, допускающихъ вступленіе пособника безъ всякаго контроля. Менгеръ исходитъ изъ той мысли, что отношеніе суда къ процессуальнымъ требованіямъ участниковъ процесса можетъ быть двоякое: или онъ ex officio провѣряетъ ихъ, или удовлетворяетъ безъ провѣрки, каковая наступаетъ лишь въ случаѣ оспариванія требованія противною стороною. Послѣднее онъ называетъ anticipatives Coutumacialsystem и находитъ цѣлесообразнымъ примѣненіе ея къ заявленіямъ третьяго лица о желаніи вступить въ процессъ въ качествѣ пособника [2]). Едва ли это цѣлесообразно, ибо практическаго значенія никакого имѣть не можетъ. Можно заранѣе и безошибочно сказать, что противная сторона, интересъ которой заключается въ недопущеніи пособника къ участію, всегда будетъ оспаривать право этого лица вступить въ процессъ.—Наконецъ, что касается вопроса о вступленіи лица, къ которому сторона имѣетъ обратное требованіе, то и онъ рѣшается также, какъ и предыдущіе: лицо это вступаетъ и привлекается по правиламъ о вступленіи и привлеченіи пособниковъ, причемъ судъ самъ обсуждаетъ вопросъ о возможности вступленія или привлеченія.

### Б.) Разрѣшеніе вопроса о тождествѣ спорнаго отношенія.

Обращаясь къ вопросу: какъ разрѣшается вопросъ о тождествѣ спорнаго отношенія, мы остановимся на томъ—аа) разрѣшается ли вопросъ этотъ вмѣстѣ или отдѣльно отъ существа дѣла, бб) на комъ лежитъ обязанность представить доказательства наличности внѣшняго или отсутствія внутренняго тождества, вв) что необходимо суду сравнить для рѣшенія вопроса о тождествѣ и гг) при какихъ условіяхъ судъ признаетъ или не признаетъ тождества.

#### *а) Какъ разрѣшаетъ судъ вопросъ о тождествѣ?*

Вопросъ о тождествѣ спорнаго отношенія всегда подлежитъ рѣшенію суда, будетъ ли онъ возбужденъ самимъ судомъ или стороною; въ послѣднемъ случаѣ судъ разрѣшаетъ предъявленное стороною возраженіе. Вообще нужно замѣтить, что ученые придаютъ весьма важное значеніе вопросу о томъ,—можетъ или не можетъ быть данный вопросъ разрѣшенъ отдѣльно отъ раз-

[1]) Code de pr. c. art. 329, 340, уст. гр. суд. 663, 664.

[2]) Menger n. c. стр. 287 пр. 38.

рѣшенія самого спора. Они придають этому столь важное значеніе, что даже не подвергають анализу тотъ или другой вопросъ только потому, что онъ не подлежитъ обсужденію отдѣльно отъ существа дѣла. Мы выше уже сказали, что, какъ относительно возраженій о тождествѣ, такъ и относительно вопросовъ, возбуждаемыхъ судомъ ex officio, возможность отдѣльнаго разрѣшенія внѣ сомнѣнія, лишь бы разрѣшеніемъ его не разрѣшался самый споръ,—а этого-то никогда не бываетъ. Всегда вопросъ о тождествѣ есть вопросъ побочный, будетъ ли онъ рѣшенъ по иниціативѣ суда или по иниціативѣ стороны.

Относительно тѣхъ возраженій о тождествѣ, которыя по общему признанію являются процессуальными возраженіями, а именно, *возраженій о неподсудности и о тождествѣ дѣла съ другимъ, производящимся* въ другомъ судѣ, ни теорія, ни законодательства не допускаютъ сомнѣнія, что они подлежатъ разрѣшенію отдѣльно отъ существа дѣла [1]). По римскому праву этотъ вопросъ разрѣшался въ стадіи in jure, при exstraord. judic., а въ позднѣйшее время — до litis contestatio, т.-е. всегда отдѣльно отъ существа дѣла [2]). На этой безусловной точкѣ зрѣнія, изъ современныхъ законодательствъ, стоятъ австрійское и французское: и то, и другое требуютъ, чтобы эти возраженія были разрѣшены отдѣльно [3]). Германскій и нашъ уставы не выставляютъ этого безусловнаго требованія, а предоставляютъ сторонѣ предъявлять эти возраженія или отдѣльно, или вмѣстѣ съ объясненіями по существу; отъ суда зависитъ разрѣшить ихъ отдѣльно или вмѣстѣ съ разрѣшеніемъ дѣла по существу [4]). Нельзя не высказаться въ пользу этихъ послѣднихъ постановленій въ виду уже того одного, что не только эти возраженія, но и другія, такъ или иначе связаны съ матеріальнымъ правоотношеніемъ, а между тѣмъ, никто не сомнѣвается, что суду необходимо разсмотрѣть (а не разрѣшать) эти отношенія, т. е. коснуться ихъ, насколько безъ того невозможно обойтись. Постановленія эти являются живымъ протестомъ противъ того, уже выше упомянутаго, узкаго воззрѣнія ученыхъ, что коль скоро данное возраженіе связано съ матеріальнымъ спорнымъ отношеніемъ, то оно уже не признается процессуальнымъ. Понятно само собою, что именно эта связь (тождество споровъ), какъ мы это видимъ въ разсматриваемыхъ возраженіяхъ, даетъ суду основаніе разсматривать эти возраженія вмѣстѣ съ существомъ дѣла; но это обстоятельство все-таки не дѣлаетъ еще эти возраженія матеріально-правовыми. Судъ хотя и разсматриваетъ ихъ въ связи съ матеріальными правоотношеніями, но можетъ постановить отдѣльное опредѣленіе. — Возраженія о неподсудности и о тождествѣ съ другимъ дѣломъ отнюдь не могутъ влечь за собою отказа истцу въ искѣ, хотя бы они и были разсмотрѣны вмѣстѣ съ существомъ дѣла. Въ этихъ случаяхъ судъ входитъ въ разсмотрѣніе существа лишь настолько, насколько онъ, не разрѣшая самаго спора, разсматриваетъ его лишь съ цѣлью разрѣшенія процессуальнаго возраженія. Если послѣднее основательно, то онъ постановляетъ о немъ опредѣленіе и уже въ дальнѣйшее обсужденіе существа дѣла не входитъ; если же оно не основательно, то онъ продолжаетъ обсужденіе существа и постановляетъ рѣшеніе.

Далѣе, что касается *возраженія о рѣшенномъ дѣлѣ*, то, какъ мы видѣли, одни ученые, напр., Рено [5]), Канштейнъ [6]) и др. считаютъ его процессуаль-

---

[1]) Renaud н. с. стр. 607 Endemann стр. 607 и др.

[2]) Bülow, Einreden стр. 96.

[3]) Öst. Ger. I. 40. Code de pr. c. art. 172.

[4]) C. P. Ord. § 278 уст. гр. суд. ст. 585.

[5]) Renaud н. с. стр. 610.

[6]) Canstein н. с. т. 2 стр. 23.

нымъ возраженіемъ потому, что оно должно быть разрѣшено отдѣльно отъ существа; другіе, и это господствующее мнѣніе, считая его матеріальнымъ возраженіемъ, не допускаютъ отдѣльнаго разрѣшенія и признаютъ, что, въ случаѣ основательности его, судъ отказываетъ въ искѣ. Такъ, Эндеманъ [1), — забывъ, что, по его мнѣнію, слѣдовало бы самому суду предоставить возбужденіе ex officis вопроса о томъ, что дѣло рѣшено — иронизируя надъ противниками, указываетъ на невозможность выдѣленія этого возраженія въ особый, отдѣльный вопросъ. По его мнѣнію это противно логикѣ, основано на формализмѣ, которому нѣтъ дѣла до логики; здравая теорія, которая, говоритъ онъ, не разрываетъ процесса на клочки, этого не допускаетъ. Конечно, съ своей точки зрѣнія, онъ совершенно правъ; если возраженіе о рѣшенномъ дѣлѣ есть перемпторное возраженіе, то выдѣлять вопросъ о немъ въ отдѣльный и подвергать его отдѣльному разрѣшенію нѣтъ надобности; это было бы противно логикѣ и основано на формализмѣ и явилось бы, конечно, разрываніемъ процесса на части. Но дѣло въ томъ, что ученые, стоящіе за отдѣльное его разрѣшеніе, смотрятъ на него, какъ на процессуальное возраженіе; взглянувъ на него такимъ образомъ, напротивъ, было бы не логично признавать необходимость разрѣшенія его вмѣстѣ съ разрѣшеніемъ дѣла по существу. Такое разрываніе процесса необходимо, ибо вопросъ о данномъ относительномъ условіи процесса, являющемся основаніемъ возраженія, и вопросъ о существѣ дѣла, суть два совершенно различныхъ вопроса, которые, если могутъ *разсматриваться* вмѣстѣ, то не могутъ быть *разрѣшены* вмѣстѣ: одно рѣшеніе заключается въ непризнаніи процесса возникшимъ, другое, — въ непризнаніи за истцемъ даннаго права. — Современные кодексы, почти всѣ, смотрятъ на возраженіе о рѣшенномъ дѣлѣ, какъ на матеріально-правовое, но, какъ мы видѣли, нѣкоторые признаютъ его процессуальнымъ возраженіемъ, если оно предъявлено in limine litis и въ этомъ случаѣ оно разсматривается судомъ отдѣльно. Постановленія нашего устава, несомнѣнно признающаго это возраженіе матеріально-правовымъ, тѣмъ не менѣе не препятствуютъ суду разсматривать его отдѣльно; настаивать на этомъ отдѣльномъ разсмотрѣніи стороны не могутъ [2); отвѣтчикъ, какъ говорится въ ст. 599, не имѣетъ права требовать отдѣльнаго разсмотрѣнія этого возраженія. Изъ этого, конечно, нельзя еще дѣлать того вывода, что судъ не можетъ разсматривать это возраженіе отдѣльно; вѣрнѣе будетъ выводъ, что судъ можетъ его отдѣльно разсмотрѣть, но сторона не имѣетъ права настаивать на этомъ. Изъ этого, далѣе, еще нельзя выводить, что судъ, разрѣшая это возраженіе отдѣльно отъ существа, можетъ, по нашему уставу, постановить опредѣленіе въ смыслѣ absolutio ab instantia [3) — онъ постановляетъ рѣшеніе по существу, absolutio ab actione.

Что касается, далѣе, *возраженія объ измѣненномъ искѣ*, то, по всѣмъ законодательствамъ, допускающимъ это выраженіе, отдѣльное разсмотрѣніе его необходимо; поводъ къ предъявленію его въ большинствѣ случаевъ дается во время разсмотрѣнія дѣла по существу и, по предъявленіи этого возраженія, судъ разрѣшаетъ вопросъ отдѣльно, хотя въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ нѣтъ надобности въ особомъ опредѣленіи суда. — Если возраженіе это предъявлено во время состязанія, то незачѣмъ разрѣшать, какъ частный, въ техническомъ смыслѣ, вопросъ о томъ, измѣнено ли требованіе или нѣтъ. По германскому уставу, изъ § 242 можно вывести, что судъ постановляетъ отдѣльное опредѣленіе, въ которомъ разрѣшается вопросъ о томъ, измѣнилъ ли истецъ требованіе или нѣтъ; въ § этомъ предполагается необходимость этого

---

[1]) Endemann н. с. стр. 660.

[2]) Анненковъ н. с. III, стр. 140.

[3]) См. мою ст. Возраженіе о рѣш. д. стр. 118.

опредѣленія: въ немъ говорится, что обжаловано не можетъ быть *опредѣленіе*, коимъ возраженіе объ измѣненномъ искѣ не признано основательнымъ. По мнѣнію Вильмовскаго, отдѣльное разсмотрѣніе вопроса объ измѣненіи иска, возможно, конечно, только въ тѣхъ случаяхъ, когда возраженіе предъявлено до разсмотрѣнія дѣла по существу [1]).

Спрашивается, наконецъ, вопросъ *o legitimatio ad causam successionis*, возбуждаемый судомъ ex officio, разрѣшается ли отдѣльно отъ существа дѣла или вмѣстѣ съ ними? Что касается процессуальнаго преемства въ силу перехода матеріальнаго права, то при преемствѣ mortis causa, какъ уже было сказано выше, производство дѣла пріостанавливается. По всѣмъ законодательствамъ пріостановленное производство продолжается или по просьбѣ противника лица умершаго или по просьбѣ вступающаго въ процессъ наслѣдника [2]). Но для того, чтобы вступленіе его было признано судомъ законнымъ, необходимо, чтобы онъ удостовѣрилъ свое наслѣдничье званіе; при этомъ, конечно, можетъ возникнуть пререканіе между сторонами и въ такомъ случаѣ судъ сначала разрѣшаетъ это пререканіе, а затѣмъ уже продолжаетъ прерванное производство. Вопросъ о правѣ лица, какъ наслѣдника, рѣшается, или до разсмотрѣнія дѣла тѣмъ же, или другимъ судомъ, рѣшеніе котораго является преюдиціальнымъ. И въ томъ и въ другомъ случаѣ, конечно, вопросъ о легитимаціи наслѣдника разсматривается отдѣльно: данный судъ, гдѣ споръ разрѣшается, входитъ въ разсмотрѣніе если акта удостовѣряющаго право на наслѣдство или же преюдиціальнаго рѣшенія. Преемство въ силу акта inter vivos, по духу современныхъ законодательствъ, подчиняется тѣмъ же правиламъ; хотя производство дѣла въ силу одного преемства не пріостанавливается, но оно можетъ пріостановиться, когда вопросъ о правомѣрности преемства станетъ спорнымъ и обратится въ вопросъ преюдиціальный (и въ такомъ случаѣ, какъ преюдиціальный, рѣшается отдѣльно). Понятно, само собой, что возможность выдѣленія этого вопроса зависитъ отъ того, требуется ли согласіе противника на преемство [3]); если оно требуется, то спора и возникнуть не можетъ; противникъ заявляетъ, что онъ не желаетъ вступленія преемника, тогда и вопроса вовсе не возникаетъ: судъ устраняетъ преемника и дѣло ведется между прежними сторонами. Положимъ, лицо заявляетъ, что къ нему перешло право истца по цессіи; судъ, конечно, долженъ удостовѣриться въ правильности этого заявленія, но противная сторона можетъ противиться вступленію. Такъ разрѣшенъ этотъ вопросъ, напр., германскимъ уставомъ относительно цессіи и продажи спорнаго имущества: тутъ согласіе противной стороны необходимо [3]). Но, какъ мы видѣли, въ спорѣ о правѣ, связанномъ съ данною вещью, при отчужденіи послѣдней, наступаетъ преемство и безъ согласія противной стороны; въ этомъ случаѣ можетъ возникнуть споръ, подлежащій отдѣльному разрѣшенію [4]). Далѣе, какъ мы видѣли, стороннее лицо можетъ вступить въ процессъ и по другимъ основаніямъ, независимо отъ перехода къ нему права стороны, и притомъ по собственному побужденію или по заявленію той или другой изъ сторонъ, затѣмъ, вступившій можетъ вытѣснить собою ту или другую изъ сторонъ. Такъ, мы видѣли, что лицо нераздѣльно-уполномоченное или обязанное можетъ вступить вмѣсто другого съ нимъ соуправомоченнаго или сообязаннаго по правиламъ о вступленіи пособника. Судъ удостовѣряется въ правѣ лица на вступленіе или ex officio или когда противная сторона противиться этому вступленію (antic. Contumacialsystem). Этотъ вопросъ всегда подлежитъ, конечно, отдѣль-

---

[1]) Wilmowsky und Levy н. с. стр. 84.

[2]) C. Pr. Ord. § 226 Code de pr. c. art. 329. Ost. Ger. Ord. § 416 уст. гр. суд. ст. 667.

[3]) Анненковъ, н. с. т. III, стр. 388.

[4]) C. Pr. Ord. § 236.

ному разрѣшенію; оставить его безъ разрѣшенія судъ не можетъ, а разрѣшить его вмѣстѣ съ разрѣшеніемъ существа дѣла нельзя, потому что разрѣшеніе вопроса о замѣнѣ того и другого изъ тяжущихся долженъ предшествовать разрѣшенію спора. Что касается вступленія надлежащаго истца на мѣсто ненадлежащаго, то, въ виду того, что первый можетъ вступить и въ качествѣ представителя, судъ, по общему правилу, хотя и возбуждаетъ вопросъ о правѣ на вступленіе, но, въ случаѣ оспариванія противникомъ этого права, вопросъ о правѣ быть представителемъ разрѣшается какъ частный вопросъ [1]). Далѣе, nominatio auctoris, не какъ возраженіе о прекращеніи производства, а какъ указаніе на надлежащаго отвѣтчика, ради замѣны имъ ненадлежащаго, напр., по нашему и германскому уставамъ, разрѣшается какъ инцидентъ [2]). Наконецъ относительно лица, къ которому сторона имѣетъ обратное требованіе, мы знаемъ, что и оно вступаетъ въ процессъ по правиламъ о привлеченіи „третьяго лица", такъ что вопросъ о ихъ привлеченіи есть вопросъ инцидентный.

Изъ изложеннаго видно, что по современнымъ законодательствамъ вопросъ о тождествѣ спорнаго отношенія хотя и подлежитъ отдѣльному разрѣшенію, но не всегда является такимъ процессуальнымъ вопросомъ, который подлежитъ, какъ таковой, разрѣшенію въ особенномъ, частномъ порядкѣ, какъ инцидентъ. Въ виду уже извѣстныхъ соображеній можно сказать, что онъ есть вопросъ чисто процессуальный и какъ таковой, какое бы основаніе его ни было, какъ бы онъ ни былъ связанъ съ матеріальнымъ спорнымъ отношеніемъ, —онъ долженъ быть разрѣшенъ совершенно самостоятельно и отдѣльно.

*б) Кто доказываетъ наличность внѣшняго и отсутствіе внутренняго тождества спорнаго отношенія?*

Въ вопросѣ о распредѣленіи oneris probandi, тяжести доказыванія при возбужденіи вопроса о наличности внѣшняго и отсутствіи внутренняго тождества, мы ограничимся парою словъ; замѣтимъ лишь, что различіе между разрѣшеніемъ вопроса о наличности или отсутствіи тождества по инціативѣ суда и разрѣшеніемъ его по инціативѣ сторонъ, заключается въ томъ, что тяжесть доказыванія въ первомъ случаѣ, а именно, въ случаѣ замѣны въ процессѣ одного лица другимъ, лежитъ на инціаторѣ вступленія даннаго лица въ процессъ: онъ доказываетъ causa successionis, т.-е. наличность внутренняго тождества; во второмъ же случаѣ она лежитъ на отвѣтчикѣ, онъ доказываетъ наличность внѣшняго и потерю внутренняго тождества. Будемъ ли мы возраженіе о наличности внѣшняго тождества и объ измѣненіи иска разсматривать какъ процессуальное или какъ матеріально-правовое возраженіе,—все равно, доказываніе основательности его лежитъ на отвѣтчикѣ; это основано на общепризнанномъ въ наукѣ [3]) и законодательстахъ [4]) правилѣ, что отвѣтчикъ долженъ доказать свое возраженіе. Что касается ligitimaito ad causam successionis, то лицо, вступающее въ процессъ по собственной инціативѣ, должно представить доказательства своего вступленія—наслѣдникъ долженъ доказать наслѣдничье званіе, цессіонарій—фактъ цессіи; нераздѣльно соуправомоченный и сообязанный—нераздѣльность права или, въ виду постановленій нѣкоторыхъ законодательствъ, право вступить въ качествѣ пособника или, наличность полномочія. Если же лицо вступаетъ въ процессъ по заявленію тяжу-

---

¹) C. Pr. Ord. § 73.

²) C. Pr. Ord. § 84 у. г. с. ст. 571, 585.

³) Малининъ—Комментарій къ 366 ст. уст. гр. судопр. Одесса 1878 (здѣсь указана литература вопроса объ onus probandi).

⁴) Code civil art. 1215. C. Pr. Ord. § 557. Ost.-Ger. Ord. § 104 уст. гр. суд. ст. 366, 573.

щихся, а именно, когда надлежащій истецъ или отвѣтчикъ или, лицо, къ которому сторона имѣетъ обратное требованіе, вступаютъ на мѣсто выбывшихъ, то onus probandi лежитъ на тяжущемся, а именно, въ первомъ случаѣ на отвѣтчикѣ, указывающемъ на надлежащаго истца или отвѣтчика: онъ представляетъ доказательства принадлежности права или обязанности другому лицу, а во второмъ случаѣ—на тяжущемся, имѣющемъ право обратнаго требованія: онъ долженъ представить доказательства этого права.

*в) Что необходимо суду сравнить для рѣшенія вопроса о тождествѣ?* Теперь обратимся къ разсмотрѣнію тѣхъ величинъ, которыя подлежатъ сравненію со стороны суда съ цѣлью рѣшенія имъ вопроса о тождественности или нетождественности спорныхъ отношеній. Величинъ этихъ всегда двѣ: одна—постоянная, другая—перемѣнная. Постоянной величиной является то спорное правоотношеніе, которое предложено на разрѣшеніе суда; перемѣнной величиной является спорное отношеніе, подлежащее разрѣшенію другаго суда, находящееся на разрѣшеніи другаго суда, разрѣшенное другимъ судомъ и измѣнившееся во время процесса. Для признанія этихъ величинъ тождественными или нетождественными необходимо, какъ мы уже видѣли выше, сравнить отдѣльные элементы ихъ, а для этого необходима опредѣленность каждаго изъ этихъ элементовъ въ каждой изъ сравниваемыхъ величинъ. Обратимся сначала къ разсмотрѣнію, съ этой стороны, постоянной величины, а, затѣмъ,—перемѣнныхъ величинъ.

*аа) Постоянная величина—спорное отношеніе, предложенное на разрѣшеніе суда.* Эта постоянная величина есть спорное отношеніе, взятое въ моментъ обращенія истца къ судебной помощи или, иначе говоря, въ виду вышеизложеннаго, въ моментъ, съ котораго споръ считается находящимся на разсмотрѣніи суда. Мы выше уже видѣли, что litis contestatio такого значенія не имѣетъ, а юридическія послѣдствія, съ нею связанныя, пріурочены къ предъявленію иска или къ извѣщенію отвѣтчика. Для признанія процесса начавшимся, рѣшающее значеніе имѣетъ моментъ, съ котораго измѣненіе иска невозможно — эта неизмѣняемость иска должна быть пріурочена къ моменту предъявленія иска. Изъ законодательствъ, какъ мы видѣли, только германское и наше приняли этотъ моментъ, между тѣмъ, какъ французское и австрійское предоставляютъ истцу измѣнять искъ до извѣщенія отвѣтчика, т.-е. иначе говоря, считаютъ невозможнымъ измѣненіе иска лишь съ момента извѣщенія отвѣтчика, такъ что, можно сказать, по современнымъ законодательствамъ, для сравненія берется спорное отношеніе, какъ постоянная величина, въ моментъ предъявленія иска или извѣщенія отвѣтчика; слѣдовательно, по законодательствамъ, принявшимъ послѣднее мнѣніе, возможенъ такой случай: истецъ предъявилъ искъ, а затѣмъ, до извѣщенія отвѣтчика, измѣняетъ его, т.-е. предъявляетъ другой искъ; затѣмъ, слѣдуетъ извѣщеніе — тутъ за постоянную величину берется не первый, а второй искъ.

Взятое для сравненія, въ моментъ начатія процесса, спорное отношеніе должно быть опредѣленно, настолько, чтобы въ искѣ можно было различить всѣ отдѣльные его элементы. Безъ этого невозможно сравненіе. И дѣйствительно, мы видимъ, что всѣ законодательства требуютъ обозначенія въ исковомъ прошеніи или вообще въ актѣ, коимъ открывается процессъ, всѣхъ элементовъ спорнаго отношенія. Такъ въ немъ должны быть обозначены тѣ лица, между которыми ведется споръ — *субъекты спорнаго отношенія* [1]). Затѣмъ и *объектъ спорнаго отношенія*, т.-е. совокупность тѣхъ дѣйствій, на которыя истецъ имѣетъ право и совершеніе коихъ обязательно для отвѣтчика, дол-

---

[1]) Code d. pr. c. art. 64 p. 1 и 2 C. Pr. Ord § 230, Ost. Ger. Ord. § 8 уст. гр. суд. ст. 257 п. 2.

женъ явствовать изъ акта обращенія истца къ суду. Но законодательства не выставляютъ это въ видѣ спеціальнаго требованія. „Содержаніе и существо" даннаго спорнаго права (извѣстное намъ выраженіе господствующей доктрины) явствуетъ изъ другихъ данныхъ, имѣющихся въ исковомъ прошеніи, а именно, изъ обозначенныхъ въ немъ предмета спора, обстоятельствъ дѣла и т. д. Изъ этихъ составныхъ частей иска, въ формальномъ смыслѣ, виденъ индивидуальный характеръ даннаго спорнаго отношенія — вещное ли оно или обязательственное, какого оно вида — собственность, сервитутъ, купля, заемъ и т. д. Такъ изъ требованія французскаго устава, чтобы въ exploit d'ajournement былъ обозначенъ l'objet de la demande, видно, что въ каждой такой бумагѣ выступаютъ весьма рельефно объекты спорнаго отношенія. Въ exploit d'ajournement воспроизводится l'objet de la demande, т.-е. предметъ не только иска, а всего исковаго прошенія; при описаніи же всего того, о чемъ идетъ рѣчь въ demande, нельзя обойти того, на какія дѣйствія отвѣтчика истецъ имѣетъ право [1]). Въ германскомъ уставѣ говорится, что въ исковомъ прошеніи обозначается Gegenstand des Anspruchs; это выраженіе кодекса можно назвать весьма удачнымъ: предметомъ притязанія и является совокупность дѣйствій. Но, далѣе, изъ той же 230 ст. явствуетъ, что редакторы употребили это выраженіе въ весьма широкомъ смыслѣ, понимая подъ нимъ и вещественный субстратъ, который хотя пониже и называется Steitgegenstand, но по ходу изложенія видно, что они не проводятъ между этими выраженіями строгаго различія [2]). Въ виду спорности вопроса о предметѣ права, редакторы поступили весьма благоразумно, что не придерживались единства въ терминологіи, а употребили такія выраженія, которыя нисколько не стѣсняютъ истолкователя. Независимо отъ этого и изъ того, что требуется указаніе на „то, о чемъ истецъ проситъ", т.-е. на такъ называемый просительный пунктъ, видно, что въ прошеніи воспроизводятся тѣ дѣйствія, которыя лежатъ на обязанности отвѣтчика и на которыя истецъ имѣетъ право. Послѣднее замѣчаніе относится и къ нашему уставу, требующему изложенія въ исковомъ прошеніи того, о чемъ истецъ проситъ [3]).

Что касается *юридической связи между субъектомъ и объектомъ спорнаго отношенія*, т.-е. спорнаго права, которое, какъ было сказано выше, индивидуализируется основаніемъ возникновенія и вещественнымъ субстратомъ права, то и это должно явствовать изъ исковаго прошенія. Относительно *основанія возникновенія* права нужно сказать, что хотя мы въ современныхъ законодательствахъ и не находимъ требованія, чтобы именно оно было означено, однако всѣ законодательства, кромѣ французскаго, требуютъ, чтобы истецъ указалъ основанія иска [4]). Но выше мы уже говорили, разсматривая воззрѣніе Ветцеля, о томъ, что для индивидуализаціи спорнаго отношенія важны не оба вида основаній иска, активное и пассивное, а лишь одно активное основаніе, а это послѣднее и есть ничто иное какъ основаніе возникновенія права; такъ что, можно сказать, законодательства требуютъ именно обозначенія этихъ основаній. Относительно же *вещественнаго субстрата* нѣкоторыя законодательства, напр., германское, какъ мы видѣли, выставляютъ требованіе, чтобы о немъ было сказано въ исковомъ прошеніи (Gegenstand des Anspruchs, Sreitgegestand), другія же умалчиваютъ объ этомъ; но изъ того что всѣ они требуютъ, одни прямо, напр., наше [5]), другія косвенно (опредѣляя

¹) Cod. d. pr. c. art. 61 p. 3.

²) C. Pr. Ord. § 230.

³) Уст. гр. суд. ст. 257 п. 6.

⁴) C. Pr. Ord. § 230, Ost. Ger Ord. § 3 уст. гр. суд. ст. 257 п. 4.

⁵) Уст. гр. суд. ст. 257 п. 3.

объективную компетенцію по цѣнѣ иска [1]) обозначенія цѣны иска, видно, что безъ обозначенія вещественнаго субстрата права обойтись нельзя. Въ виду изложеннаго, можно сказать, что одна изъ сравниваемыхъ величинъ—постоянная, а именно, спорное отношеніе, предложенное на разрѣшеніе суда, должно быть явственно выражено въ актѣ, коимъ открывается процессъ, т.-е. должны быть описаны всѣ элементы этого отношенія. Этимъ, слѣдовательно, дается возможность суду сравнить этотъ актъ съ другими, о которыхъ рѣчь впереди, и разрѣшить вопросъ о тождествѣ.

*бб) Перемѣнная величина—спорное отношеніе, подлежащее разсмотрѣнію другого суда или находящееся на разсмотрѣніи другого суда, или разрѣшенное другимъ судомъ, или образовавшееся вслѣдствіе измѣненія первоначальнаго.* Къ этой категоріи величинъ относится прежде всего:

1) *Спорное отношеніе, по поводу котораго заключенъ пророгаціонный договоръ.*

Для возможности сравненія, съ цѣлью рѣшенія вопроса о тождествѣ спорнаго отношенія, предложеннаго на разрѣшеніе суда, со спорнымъ отношеніемъ, о которомъ идетъ рѣчь въ пророгаціонномъ договорѣ, оба они должны быть въ элементахъ своихъ точно опредѣлены. О первомъ уже было сказано. Что касается второго, то это требованіе можно считать общепризнаннымъ въ наукѣ—требуется надлежащая объективная опредѣленность [2]), ясное обозначеніе предмета спора [3]). Конечно, это требованіе выставляется на тотъ случай, когда стороны заключаютъ отдѣльный, самостоятельный договоръ; если-же онѣ лишь внесли свое соглашеніе въ формѣ условія въ другой договоръ, споръ по поводу котораго долженъ быть разрѣшенъ пророгированнымъ судомъ, то этой опредѣленности не требуется, ибо въ самомъ договорѣ имѣются точныя указанія на то спорное отношеніе, по поводу котораго состоялось соглашеніе о пророгаціи; словомъ сказать, тутъ субъективный и объективный составъ спорнаго отношенія, по поводу котораго состоялась пророгація, опредѣляется тѣмъ договоромъ, въ который послѣдняя внесена въ видѣ условія. Если мы говоримъ, что пророгація внесена въ договоръ въ видѣ условія его, то, конечно, предполагаемъ, что она относится къ тому матеріально-правовому отношенію, о которомъ идетъ рѣчь въ договорѣ: субъекты тѣ-же самые, объектъ тоже, спорное право—тоже, его основаніе возникновенія лежитъ въ самомъ договорѣ, вещественный субстратъ дается имъ же. Что же касается пророгаціоннаго договора, отдѣльно заключеннаго, то именно относительно его требуется, чтобы спорное правоотношеніе было точно опредѣлено. Это требованіе теоріи нашло себѣ примѣненіе только въ новѣйшее время, именно, въ германскомъ уставѣ; въ остальныхъ кодексахъ объ этомъ не говорится; но требованіе это такъ естественно и необходимо, что въ дѣйствительности оно вездѣ соблюдается. Германскій уставъ требуетъ, чтобы въ пророгаціонномъ договорѣ было указано на то, что договоръ относится къ опредѣленному юридическому отношенію и къ могущимъ изъ него возникнуть правовымъ спорамъ (bezieht sich auf ein bestimmtes Rechtsverhältniss und aus denselben entspringenden Rechtsstreitigkeiten [4]); иначе говоря, недостаточно указанія на матеріальное правоотношеніе, а слѣдуетъ еще указать на *спорное* правоотношеніе. Дѣйствительно, каждое юридическое отношеніе есть комплексъ правъ и обязанностей; иначе: каждое юридическое отношеніе слагается изъ цѣлаго ряда отношеній. Обыкновенно оно является сложнымъ. Каждое отдѣльное отношеніе, входящее

---

[1]) Code de pr. c. art. 3 Öst. Ges. v. 1 Marz 1876.

[2]) Endemann, н. с., стр. 254, пр. 23 см. также Schelling, н. с., стр. 68.

[3]) Bonnier. н. с., стр. 34 Reatz, н. с., стр. 127.

[4]) C. Pr. Ord. § 40.

въ составъ даннаго отношенія, можетъ стать спорнымъ. Конечно, благодаря тому, что отдѣльное отношеніе дѣлается спорнымъ и все отношеніе дѣлается таковымъ, но не во всѣхъ своихъ частяхъ, а лишь относительно одного изъ отдѣльныхъ отношеній. Повидимому, можно было ограничиться однимъ лишь указаніемъ на необходимость опредѣленія въ пророгаціонномъ договорѣ даннаго отношенія; но иногда сторонамъ и нежелательно, что бы всѣ споры по данному отношенію разбирались въ пророгированномъ судѣ; для большей опредѣленности редакторы и требуютъ указанія на тѣ отдѣльныя правоотношенія, которыя стали спорными. Возьмемъ отношенія по арендѣ. Стороны могутъ заключить пророгаціонный договоръ, соглашаясь предоставить разрѣшеніе всѣхъ споровъ по поводу этого договора данному государственному суду или же онѣ могутъ согласиться, что лишь споры по обратной сдачѣ имѣнія собственнику, по прекращеніи договора, подлежатъ разбирательству даннаго суда. Въ предупрежденіе споровъ по поводу самого пророгаціоннаго договора, конечно, лучше обозначить въ немъ и матеріальное правоотношеніе и споръ, возникшій или могущій возникнуть изъ него.

Понятно, что требованіе опредѣленности спорнаго отношенія не становится невыполнимымъ, благодаря тому, что въ моментъ заключенія пророгаціоннаго договора еще нѣтъ спора, что онъ лишь предвидится. Но спрашивается: что такое *опредѣленное обозначеніе* спорнаго отношенія въ пророгаціонномъ договорѣ? Обозначеніе это можно назвать опредѣленнымъ, если указаны всѣ индивидуализирующіе данное спорное отношеніе признаки, элементы, а именно, субъектъ, объектъ и юридическая связь субъекта съ объектомъ, характеризующаяся основаніемъ возникновенія и вещественнымъ субстратомъ права. Для сравненія спорныхъ отношеній съ цѣлью рѣшенія вопроса о ихъ тождествѣ и важна точная ихъ характеристика.

2. *Спорное отношеніе, по поводу котораго заключенъ третейскій договоръ.*

Такая же опредѣленность, какъ и въ предшествующемъ случаѣ, необходима и относительно спорнаго отношенія, по поводу котораго заключенъ третейскій договоръ—необходима также точная характеристика его и отдѣльныхъ его элементовъ. Не всѣ законодательства, однако, о каждомъ изъ этихъ элементовъ спеціально упоминаютъ. Наиболѣе подробнымъ является въ этомъ случаѣ наше законодательство,—оно требуетъ обозначенія въ договорѣ имени, отчества и т. д. тяжущихся и предмета спора, предоставленнаго разбору третейскаго суда [1]). Подъ предметомъ спора тутъ и понимается данное спорное отношеніе. Французскій кодексъ о тяжущихся не упоминаетъ (требуется лишь, какъ мы видѣли, обозначеніе лицъ, избранныхъ въ судьи) но обозначеніе ихъ въ договорѣ необходимо, во 1-хъ, въ виду общаго требованія, чтобы договаривающіяся стороны были обозначены въ договорѣ и во 2-хъ—того, что кодексъ требуетъ обозначенія спорнаго отношенія, однимъ изъ элементовъ котораго являются субъекты его; онъ требуетъ, чтобы l'objet en litige былъ непремѣнно, подъ опасеніемъ ничтожности, указанъ въ договорѣ [2]), т.-е. иначе, чтобы спорное отношеніе было точно опредѣлено въ договорѣ. Что касается германскаго устава, то въ немъ есть статья, которая по argumentum a contrario могла бы быть истолкована въ томъ смыслѣ, что, если матеріальное отношеніе еще не спорно, то въ третейскомъ договорѣ, по поводу его заключенномъ, нѣтъ надобности обозначать это отношеніе. Статья эта гласитъ: ein Schiebsvertrag über künftige Rechtssreitigkeiten hat keine rechtliche Wirkung, wenn er nicht auf ein bestimmtes Rechtsverhältniss und die aus demselben entspringenden Rechtsstreitigkeiten sich bezieht [3]). Слѣдовательно, можно было бы

---

[1]) Уст. гр. суд. ст. 1371.

[2]) Code. d. pr. c. art. 1006.

[3]) C. Pr. Ord. § 825.

подумать, что третейскій договоръ о настоящемъ спорѣ имѣетъ силу и безъ обозначенія спорнаго отношенія. Но дѣло въ томъ, что смыслъ статьи вовсе не таковъ. Редакторы устава хотѣли высказать лишь ту мысль, что третейскій договоръ о будущемъ спорѣ, о спорѣ вообще неопредѣленномъ, не имѣетъ силы. Въ мотивахъ говорится, что необходимо предоставить сторонамъ право заключать третейскій договоръ о будущихъ ихъ спорахъ лишь бы договоръ былъ достаточно опредѣленъ. Изъ статьи этой можетъ быть сдѣланъ лишь тотъ выводъ, какой мы выше и сдѣлали, что уставъ допускаетъ третейскій договоръ на случай будущаго спора, но лишь съ ограничіями относительно опредѣленности спорнаго отношенія. О спорахъ настоящихъ въ уставѣ ничего не говорится, и вопросъ о степени необходимости обозначенія въ договорѣ самаго спорнаго отношенія, имъ не предрѣшается. Намъ кажется, что вопросъ этотъ долженъ быть рѣшенъ по аналогіи съ пророгаціоннымъ договоромъ въ томъ смыслѣ, что въ немъ должно быть обозначено матеріальное правоотношеніе и возникшій изъ него споръ. Можно возразить, что между пророгаціоннымъ и третейскимъ договорами, какъ нами указано выше, весьма существенное различіе и аналогія не возможна. На это возразимъ: положимъ такъ, но вѣдь оба они процессуальные договоры и, какъ таковые, могутъ подчиняться одинаковымъ условіямъ относительно своего состава.

Требуемая, такимъ образомъ, законодательствами опредѣленность третейскаго договора,—въ которомъ, конечно, должны рѣзко выступать всѣ индивидуализирующіе спорное отношеніе признаки,—именно и даетъ суду возможность сравнить эту перемѣнную величину съ постоянною.

3. *Спорное отношеніе, находящееся разсмотрѣніе другого суда.*

Выше мы указали когда спорное отношеніе считается уже находящимся на разсмотрѣніи другого суда. Мы видѣли разнообразіе воззрѣній теоріи и законодательствъ. Послѣднія признаютъ этимъ моментомъ или предъявленіе иска или извѣщеніе отвѣтчика. Потому то данное спорное правоотношеніе получаетъ свое внѣшнее выраженіе въ различныхъ актахъ, или въ исковомъ прошеніи, или въ актѣ, коимъ извѣщается отвѣтчикъ (erstes Decret, exploit d'ajournement); изъ этихъ актовъ распознается спорное отношеніе и можетъ стать величиною, необходимо для сравненія съ постоянною величиною т.-е. со спорнымъ отношеніемъ предложеннымъ на разрѣшеніе суда. Насколько въ этихъ актахъ необходимо точное обозначеніе спорнаго отношенія въ его элементахъ уже было указано выше.

4. *Спорное отношеніе разрѣшенное другимъ судомъ.*

Выше мы видѣли, что спорное отношеніе признается разрѣшеннымъ со времени вступленія рѣшенія суда въ законную силу. Изъ этого-то рѣшенія и виденъ весь составъ, видны всѣ характерные признаки спорнаго отношенія,—признаки, необходимые для рѣшенія вопроса о тождествѣ этого отношенія съ отношеніемъ, предложеннымъ на разрѣшеніе суда. И дѣйствительно, каждое судебное рѣшеніе есть заключеніе силлогизма, большая посылка котораго есть юридическая норма, а меньшая посылка—факты, приведенные истцомъ [1]). Въ рѣшеніи, въ смыслѣ письменнаго акта суда, этотъ силлогизмъ и облеченъ въ видимую форму, хотя, въ виду разныхъ вѣскихъ соображеній, законодательства не предписываютъ раздѣленія рѣшенія на указанныя три части силогизма, но тѣмъ не менѣе въ каждомъ рѣшеніи, какъ его предписывается формулировать, эти части всѣ имѣются на лицо. Въ которой же изъ частей силлогизма содержатся признаки спорнаго отношенія? Очевидно, въ меньшей посылкѣ и заключеніи, большая посылка въ этомъ отношеніи ничего не даетъ; она даетъ только основаніе суду придти къ заключенію, насколько факты,

---

[1]) Wetzell н. с. стр. 527 Canstein н. с. т. стр. II 492 Degenkolb н. с. стр. 80 и сл.

приведенные истцомъ, имѣютъ для лица, желающаго признанія своего права, юридическое значеніе; въ заключеніи выраженъ логическій результатъ субсумціи фактовъ подъ норму, т.-е. юридическое его освѣщеніе. Въ меньшей посылкѣ указывается и на субъектъ спорнаго отношенія, его объектъ и юридическую связь между субъектомъ и объектомъ; заключеніе придаетъ этимъ элементамъ юридическое значеніе, санкціонируетъ ихъ. Возьмемъ примѣръ. Истецъ А. требуетъ съ Б. 10 руб. въ видѣ вознагражденія за убытки, причиненные потравою; судъ строитъ такой силлогизмъ; большая посылка: всякіе убытки, происшедшіе по винѣ лица, должны быть возмещены; малая посылка корова Б. потравила такого-то числа, какъ показали свидѣтели, такое-то количество земли, находящейся тамъ-то и тѣмъ причинила А. убытку 10 руб., вознагражденіе за которые онъ проситъ; заключеніе: Б. обязанъ уплатить А. 10 р. Здѣсь субъекты точно обозначены, объекты т.-е. дѣйствія, на которыя А. имѣетъ право—вознагражденіе за убытки—тоже; затѣмъ юридическая связь А. съ вознагражденіемъ, т.-е. право его на послѣднее, видна изъ большой посылки только какъ нѣчто такое, признаніе чего А. хочетъ; но изъ заключенія очевидно, что эта связь есть чисто юридическая, признанная судомъ въ виду большой посылки. При рѣшеніи вопроса о тождествѣ, безъ малой посылки обойтись нельзя—нельзя говорить и о юридической связи—надо знать юридически признано или не признано право; наконецъ изъ малой же посылки видно основаніе возникновенія права (oblig. quasi ex delicto) и вещественный его субстратъ (10 руб.).

Обращаясь къ современнымъ законодательствамъ, видимъ, что и они не предписываютъ указанія въ рѣшеніи отдѣльно каждаго изъ элементовъ спорнаго отношенія, но изъ тѣхъ частей, изъ которыхъ оно должно состоять, видно, что изъ рѣшенія можно извлечь полную картину даннаго спорнаго отношенія. Эта картина воспроизведена въ судебномъ рѣшеніи, изложенномъ въ окончательной формѣ. Всѣ законодательства допускаютъ рядъ предварительныхъ формъ судебнаго рѣшенія, въ которыхъ кратцѣ излагается заключеніе суда; у насъ эта форма называется резолюціею [1]), въ Германіи—Urtheilsformel [2]) въ Австріи—Spruch [3]) во Франціи—plumitif [4]). Но всѣ эти предварительныя формы не даютъ точнаго представленія объ отдѣльныхъ элементахъ спорнаго отношенія,—его даетъ рѣшеніе, изложенное въ окончательной формѣ. Тутъ прежде всего, можно видѣть, кто является *субъектомъ* даннаго разрѣшеннаго спорнаго отношенія [5]). Что касается *объекта*, то онъ распознается изъ обстоятельствъ дѣла т.-е. фактической стороны дѣла (Tatbestand, points de fait) и резолюціи (Urtheisformel, disposition de jugement), входящей какъ необходимая составная часть заключенія въ судебное рѣшеніе [6]). Въ изложеніе фактической стороны входитъ неизбѣжно и характеристика спорнаго права со стороны основанія его возникновенія и вещественнаго субстрата. Указанныя составныя части рѣшенія и даютъ возможность сравнить данное разрѣшенное спорное отношеніе съ отношеніемъ вновь предложеннымъ на разсмотрѣніе суда. Тоже самое слѣдуетъ сказать и о рѣшеніи третейскаго суда т.-е. и въ немъ должны быть опредѣлительно изложены тѣ же составныя части; хотя изъ законодательствъ только наше считаетъ нуж-

---

1) Уст. гражд. судопр. ст. 701.

2) C. Pr. Ord. § 282.

3) Ost. Ger. Ord. § 247, 251.

4) Boitard. н. с. т. I. стр. 260.

5) Code. d. pr. c. art. 141 p. 2. Ost. Ger. Ord. § 248, C. Pr. Ord. § 284 p. 1 уст. гражд. судопр. ст. 701 п. 3. 711.

6) Code. l. c. Ost. G. O. l. c. C. Pr. Ord. § 284 p. 3 и 5 уст. гр. суд. ст. 711 и п. 1.

нымъ объ этомъ упомянуть, а именно, оно требуетъ, что бы въ рѣшеніи третейскаго суда были обозначены имена, отчества и фамиліи тяжущихся... требованія... и основанія, принятыя судомъ при разрѣшеніи дѣла [1]). Пробѣлъ этотъ въ другихъ законодательствахъ весьма ощутителенъ. Конечно, тяжущіеся, имѣющіе свой интересъ т.-е. не желающіе, чтобы было вновь возбуждено уже рѣшенное дѣло, заботятся о точномъ формулированіи рѣшенія; безъ этого, въ случаѣ надобности, понятно, невозможно разрѣшить возраженіе о рѣшенномъ дѣлѣ; но разсчитывать на юридическія знанія тяжущихся законодательство не должно. Хотя нашъ уставъ и требуетъ довольно точное изложеніе рѣшенія третейскаго суда, но все-таки приходится сожалѣть о томъ, что въ немъ нѣтъ требованія, чтобы были изложены обстоятельства дѣла и приходится отыскивать элементы спорнаго отношенія въ изложеніи требованій истца и соображеній суда.

5. *Спорное отношеніе, образовавшееся въ теченіе процесса вслѣдствіе измѣненія первоначальнаго отношенія.*

Мы сказали, что при рѣшеніи путемъ сравненія вопроса о тождествѣ спорныхъ отношеній постоянною величиною является отношеніе, предложенное на разрѣшеніе суда. Положеніе это, конечно, должно сохраниться въ силѣ и въ данномъ случаѣ, такъ что постоянною величиною будетъ спорное отношеніе, предложенное на разрѣшеніе суда, а перемѣнною—спорное отношеніе, образовавшееся въ теченіе процесса, вслѣдствіе ли измѣненія исцомъ своего иска или вслѣдствіе происшедшей замѣны лицъ. Разсмотримъ послѣднія два отношенія отдѣльно.

а) *Спорное отношеніе, образовавшееся вслѣдствіе измѣненія истцомъ своего иска.*

Когда истецъ измѣняетъ свой искъ, то, можно сказать, онъ предлагаетъ суду разрѣшить не тотъ споръ, который былъ имъ первоначально предложенъ, а другой. Первое изъ этихъ спорныхъ отношеній распознается изъ акта, которымъ открывается судебный процессъ; что же касается второго, то оно явствуетъ изъ заявленія, дѣлаемаго истцомъ на судѣ. Когда истецъ, какъ говорятъ, измѣняетъ искъ, то онъ измѣняетъ его невполнѣ, не во всѣхъ элементахъ; во всякомъ случаѣ съ субъективной стороны спорное отношеніе остается тѣмъ же; онъ измѣняетъ или объектъ, или то или другое изъ обстоятельствъ, характеризующихъ юридическую связь между субъектомъ и объектомъ—основаніе возникновенія права или вещественный субстратъ. Конечно, для рѣшенія вопроса о томъ, нарушено ли тождество, измѣненъ ли искъ, надо имѣть въ виду, съ одной стороны, заявленіе, которое дѣлаетъ истецъ ради измѣненія иска, съ другой—первоначальный искъ; новое, измѣненное спорное отношеніе, если не измѣнены всѣ, за исключеніемъ, конечно, субъективнаго, элементы, слагается изъ сохранившихся въ неизмѣненномъ видѣ элементовъ первоначальнаго спора и изъ элементовъ измѣненныхъ. Заявленіе истца можетъ быть письменное или устное. Изъ современныхъ законодательствъ только наше, какъ мы видѣли, и австрійское предоставляютъ истцу, измѣнившему свой искъ, право изложить свое новое требованіе *письменно*,—въ этомъ письменномъ актѣ и воспроизведено новое спорное отношеніе; въ этомъ актѣ, имѣющемъ цѣлью по нашему праву прекращеніе производства въ предотвращеніе отказа въ искѣ, а по австрійскому—разсмотрѣніе измѣненнаго иска и указывается, что въ этомъ отношеніи сохранилось отъ первоначальнаго отношенія и что является собственно новымъ. Понятно, что можетъ быть сдѣлано и словесное заявленіе объ измѣненіи иска, хотя оно и не влечетъ за собою послѣдствій, связанныхъ съ письменнымъ. Отсутствіе на

[1]) Уст. гражд. судопр. ст. 1389.

этотъ счетъ спеціальныхъ постановленій въ другихъ законодательствахъ указываетъ лишь на то, что заявленіе истца объ измѣненіи имъ иска дѣлается или устно, или же подается письменное заявленіе [1]). Понятно, что въ этомъ заявленіи объ измѣненіи иска, въ какой бы формѣ оно ни было сдѣлано, должны быть указаны всѣ элементы спорнаго отношенія,—суду должна быть дана возможность сравненія и рѣшенія вопроса о тождествѣ.

*в) Спорное отношеніе, образовавшееся вслѣдствіе замѣны субъектовъ во время процесса.*

Мы только что сказали, что истецъ не можетъ измѣнить ни объекта спорнаго отношенія, ни юридической связи объекта съ субъектомъ—онъ не можетъ и измѣнить субъектовъ. Тѣмъ не менѣе, какъ мы выше уже видѣли, лица могутъ измѣняться—на мѣсто одного лица становится другое. Если это вступленіе правомѣрно, то благодаря участію новаго лица въ спорномъ отношеніи получается новое отношеніе, новое сравнительно съ тѣмъ, какое было въ моментъ начатія процесса. И тутъ, постоянная величина есть спорное отношеніе, которое предложено на разрѣшеніе суда, а перемѣнная,—спорное отношеніе тоже самое по объекту и по юридической связи его съ субъектомъ, но другое по участвующимъ въ немъ субъектамъ. Первое распознается при помощи акта, коимъ открывается процессъ, второе—изъ тѣхъ актовъ, изъ которыхъ явствуетъ legitimatio ad causam successionis. Такъ, наслѣдникъ вступаетъ въ процессъ, ссылаясь на актъ, коимъ онъ признанъ наслѣдникомъ; цессіонарій — на актъ цессіи; лицо, имѣющее нераздѣльное право—на актъ, подтверждающій эту нераздѣльность и т. д. Если же замѣна происходитъ путемъ вступленія лица въ процессъ по указанію стороны, то сторона ссылается на право этого лица вступить и тѣмъ замѣнить выбывшаго; изъ этого же заявленія явствуетъ наличность или отсутствіе legitimatio, напр., изъ указанія надлежащаго отвѣтчика на надлежащаго (см. выше). Понятно, акты эти могутъ дать указанія только на одинъ элементъ спорнаго отношенія — субъектовъ его; изъ нихъ видно, имѣетъ ли лицо право замѣнить собою выбывшаго, изъ нихъ же, слѣдовательно, видно, произошло ли, вслѣдствіе замѣны лицъ, измѣненіе въ спорномъ отношеніи. Наконецъ, одно отсутствіе этихъ актовъ указываетъ именно на то, что, благодаря замѣнѣ, измѣнилось спорное отношеніе: *одинъ фактъ* произвольнаго вступленія въ процессъ на мѣсто выбывшей стороны, самъ по себѣ, указываетъ на то, что образовалось новое спорное отношеніе, причемъ, конечно, это спорное отношеніе сохранило въ себѣ объектъ и юридическую связь первоначальнаго,—только субъектъ его другой.

*г) При какихъ условіяхъ судъ признаетъ тождество спорнаго отношенія.*

На вопросъ, когда спорныя отношенія тождественны, мы выше уже дали посильный отвѣтъ. Суду, разрѣшающему вопросъ о тождествѣ предложеннаго на его разрѣшеніе спорнаго отношенія съ другимъ, надлежитъ руководствоваться сдѣланными нами указаніями—надо примѣнить ихъ къ конкретнымъ случаямъ. Если при сравненіи двухъ спорныхъ отношеній окажется, что они тождественны по субъектамъ, объекту и юридической связи послѣднихъ, индивидуализующейся по основаніямъ возникновенія и вещественнымъ субстратамъ права, то и отношенія тождественны. Приложимъ добытые результаты къ отдѣльнымъ категоріямъ случаевъ.

*1. Спорное отношеніе, предложенное на разрѣшеніе суда, будетъ тождественно со спорнымъ отношеніемъ, подлежащимъ разрѣшенію пророгированнаго или третейскаго суда, когда въ нихъ имѣется тождество*

[1]) Canstein н. с. т. I стр. 249, Schenlling н. с. стр. 121.

*а) субъектовъ*—не фактическое, а юридическое; потому-то оно не нарушается, если субъектами обоихъ спорныхъ отношеній являются лица юридически тождественныя, и именно: въ одномъ—преемникъ, въ другомъ—предшественникъ или въ одномъ одно изъ лицъ нераздѣльно обязанныхъ или управомоченныхъ, въ другомъ—другое, и т. д.

*б) объекта,* т.-е. совокупности дѣйствій, которыхъ истецъ можетъ требовать отъ отвѣтчика; такъ что если суду предложенъ споръ о собственности, а пророгаціонный или третейскій договоръ заключенъ по поводу спора о вознагражденіи за убытки, то о тождествѣ объекта не можетъ быть рѣчи;

*и в) юридической связи субъектовъ съ объектомъ, т.-е. права, характеризующаго*

*аа) основаніемъ возникновенія*—такъ что если суду предложенъ споръ о сервитутѣ, основанномъ на договорѣ, а въ пророгаціонномъ или третейскомъ договорѣ идетъ рѣчь о сервитутѣ, основанномъ на завѣщаніи, то тождество не можетъ быть признано;

*бб) вещественнымъ субстратомъ*—если споръ, предложенный на разрѣшеніе суда, касается права собственности на имѣніе *x*, а въ пророгаціонномъ или третейскомъ договорѣ идетъ рѣчь о спорѣ о правѣ собственности на имѣніе *y*, то тождества нѣтъ. И тождество субстратовъ, подобно тождеству субъектовъ, понимается, какъ мы сказали выше, въ смыслѣ юридическомъ; такъ что если споръ, предложенный на разрѣшеніе суда, касается части имѣнія, а споръ, о которомъ заключенъ третейскій или пророгаціонный договоръ, касается цѣлаго имѣнія, то субстраты признаются тождественными; точно также юридическое тождество имѣется тогда, когда на разрѣшеніе суда предложено спорное отношеніе о 50 р., а пророгаціонный или третейскій договоръ заключенъ по поводу спора о 100 руб., или въ первомъ случаѣ идетъ рѣчь о процентахъ, и другихъ приращеніяхъ, а во вторыхъ—о капиталѣ или имѣніи.

Но эти условія тождества не имѣютъ абсолютной силы; отвѣтчикъ можетъ не признать тождества тамъ, гдѣ оно имѣется. Если сравниваемые элементы вполнѣ тождественны, а отвѣтчикъ, хотя бы молчаливо, признаетъ, что нѣтъ тождества, то таковое и не признается судомъ. Это выводится изъ того, что вопросъ о наличности тождества въ этомъ случаѣ, какъ мы видѣли, возбуждается отвѣтчикомъ путемъ возраженія о неподсудности, и если онъ возраженія этого не возбуждаетъ, то тѣмъ показываетъ, что, по его мнѣнію, нѣтъ тождества спорныхъ отношеній въ юридическомъ смыслѣ.

*2. Спорное отношеніе, предложенное на разрѣшеніе суда будетъ тождественно со спорнымъ отношеніемъ, уже находящимся на разрѣшеніи другого суда или имъ уже разрѣшеннымъ, когда въ обоихъ имѣется тождество:*

*а) субъектовъ*—если въ двухъ судахъ разсматривается или въ одномъ разсматривается, а въ другомъ рѣшенъ споръ между разными лицами, то тождества споровъ не имѣется; но тождество не нарушено, если въ спорѣ, предложенномъ на разсмотрѣніе суда, участвуетъ юридическій предшественникъ, а въ спорѣ, находящемся на разрѣшеніи или разрѣшенномъ, его преемникъ, или же въ одномъ—одно, въ другомъ—другое изъ лицъ, нераздѣльно сообязанныхъ или соуправомоченныхъ, и т. д.

*б) объекта,* если спорное отношеніе, предложенное на разрѣшеніе суда, касается займа, а спорное отношеніе, находящееся на разрѣшеніи другого суда или имъ уже разрѣшенное, касается найма, то и тождества нѣтъ;—

*и в) юридической связи субъектовъ съ объектомъ, т.-е. права индивидуализирующагося*

*аа) основаніемъ возникновенія права*—если споръ, предложенный на разсмотрѣніе суда, касается права пользованія по договору, а споръ, находя-

щійся на разсмотрѣніи другого суда или имъ разрѣшенный—права пользованія въ силу завѣщанія, то и тождества нѣтъ;—

*бб) вещественнымъ субстратомъ.* Не можетъ быть тождественъ предложенный на разрѣшеніе суда споръ о правѣ собственности на извѣстное количество однѣхъ вещей, съ находящимся на разрѣшеніи другого суда или имъ разрѣшеннымъ споромъ о правѣ собственности на извѣстное количество другихъ вещей; но юридически тождественны будутъ: предложенный на разрѣшеніе суда споръ, о 50 руб. и находящійся на разрѣшеніи суда или разрѣшенный споръ о 100 руб. Что касается послѣдняго случая, то рѣшеніе суда о капиталѣ исключаетъ возможность особаго иска о %-хъ, какъ плодахъ юридическихъ; логически иначе быть не можетъ, ибо судъ, рѣшая о капиталѣ, рѣшаетъ и о процентахъ; если онъ признаетъ право истца на капиталъ, то онъ признаетъ таковое и на %-ты. Изъ такого послѣдовательнаго проведенія общаго положенія нами принятаго не слѣдуетъ выводить, что истецъ, не заявившій требованія о %-хъ, теряетъ это свое право. Нѣтъ, за нимъ признается это право (въ силу представительства или тождества субстратовъ) и безъ требованія съ его стороны. Если судъ, слѣдовательно, рѣшилъ, что истецъ имѣетъ право на капиталъ, то онъ долженъ постановить рѣшеніе о %-хъ, развѣ-бы истецъ отъ %-въ отказался. Это требуется не только ради полнаго, послѣдовательнаго проведенія логическаго начала, но и въ интересахъ отвѣтчика. Не выставляя этого требованія, законодатель даетъ истцу орудіе вымещенія злобы: онъ предъявитъ сначала искъ о капиталѣ, а затѣмъ искъ о %-хъ и тѣмъ заставитъ отвѣтчика уплатить издержки, связанныя съ двумя процессами. Точно также юридически тождественны первый споръ о домѣ и второй—о находящейся подъ домомъ земли.

И здѣсь слѣдуетъ сказать, что отвѣтчикъ, не предъявляя возраженія о тождествѣ, тѣмъ не признаетъ тождества между спорными отношеніями, хотя бы на самомъ дѣлѣ таковое между спорами и было.

*3. Спорное отношеніе сохраняетъ свое тождество, если останутся тождественными въ теченіе процесса:*

*а) субъекты его;* если вмѣсто одного изъ тяжущихся становится нелегитимированное лицо, то и тождество не можетъ быть признано сохранившимся; но если лицо это легитимировано, а именно, когда въ теченіе процесса мѣсто ненадлежащаго истца или отвѣтчика займетъ надлежащій, мѣсто юридическаго предшественника—преемникъ, мѣсто одного изъ нераздѣльно управомоченныхъ или обязанныхъ — другой, мѣсто истца или отвѣтчика — лицо, къ которому они имѣютъ право обратнаго требованія, — тождество сохраняется. Это условіе имѣетъ абсолютный характеръ; противная сторона не имѣетъ права признать лицъ въ обоихъ сравниваемыхъ отношеніяхъ тождественными,— судъ, какъ мы видѣли, ex officio возбуждаетъ этотъ вопросъ.—

*б) объектъ;* — такъ что споръ о собственности, обратившійся вслѣдствіе измѣненія истцомъ своего иска въ споръ о сервитутѣ, признается потерявшимъ свое тождество,—

*и в) юридическая связь объекта съ субъектомъ, индивидуализирующаяся*

*аа) основаніемъ возникновенія права;* — если истецъ сначала требуетъ 100 руб. по договору займа, а потомъ по даренію, то этимъ постановленіемъ послѣдняго спора на мѣсто первоначальнаго спорное отношеніе теряетъ свое внутреннее тождество.—

*и бб) вещественнымъ субстратомъ права.* Если споръ объ одной вещи обратится, вслѣдствіе измѣненія истцомъ своего иска, въ споръ о другой вещи, то можно сказать: спорное отношеніе потеряло свое тождество. Но если въ спорѣ находится цѣлая вещь, а внѣ его часть вещи, напр., если первоначальный споръ касается права на 100 руб., а споръ поставленный вмѣсто первоначальнаго касается права на 50 руб. (вслѣдствіе уменьшенія истцомъ

своего требованія), то 100 и 50 руб. юридически тождественны и тождество не нарушено; точно также если субстратъ спорнаго права былъ капиталъ, а субстратъ права, стоящаго внѣ спора—%-ты, то, въ силу представительства первымъ послѣднихъ, оба они тождественны; иначе: если первоначальный споръ касается права на капиталъ, а подставленный—права на капиталъ съ процентами, то тождество субстратовъ сохраняется.

Что касается послѣднихъ двухъ условій (б и в), то они, по господствующему мнѣнію, имѣютъ относительный характеръ. Отвѣтчикъ, не предъявляя возраженія объ измѣненномъ искѣ, тѣмъ признаетъ, что измѣненный объектъ или основаніе возникновенія или вещественные субстраты права въ первоначальномъ и новомъ спорныхъ отношеніяхъ тождественны; такъ что воля отвѣтчика дѣлаетъ эти элементы спорнаго отношенія тождественными, хотя-бы на самомъ дѣлѣ они были различны.

Вотъ къ какому, кажется, послѣдовательному и полному примѣненію выясненныхъ выше положеній объ условіяхъ тождества намъ удалось придти. Дѣлая это, мы далеки отъ мысли перевертывать вверхъ дномъ то, что сдѣлано въ наукѣ, что воспринято законодательствами и коренится въ условіяхъ и цѣляхъ каждаго гражданскаго процесса. Мы только собрали разбросанное и обобщили.

Что касается современныхъ законодательствъ, то они въ вопросѣ о тождествѣ въ весьма рѣдкихъ случаяхъ стѣсняютъ примѣненіе началъ теоріи; они въ большинствѣ случаевъ умалчиваютъ объ условіи тождества. Исключеніе составляютъ вопросы объ условіяхъ тождества даннаго спорнаго отношенія съ отношеніемъ разрѣшеннымъ и объ условіяхъ внутренняго тождества—тутъ въ различной формѣ, съ большей или меньшей полнотой, указывается на примѣненіе начала aedem res inter aesdem personas. Обратимся къ первому вопросу. Французское гражданское уложеніе [1]) для тождества спорныхъ отношеній, предложеннаго на разрѣшеніе суда и прекратившагося рѣшеніемъ суда, требуетъ: 1) memes parties, причемъ въ кодексѣ не упоминается ни объ одномъ случаѣ, когда при отсутствіи фактическаго тождества принимается тождество юридическое [2]). Только законъ 5 іюля 1884 г. въ интересахъ промышленности постановляетъ, что рѣшеніе, коимъ признается привилегія на изобрѣтеніе, имѣетъ абсолютную силу, т.-е. не возможенъ новый споръ о ней, хотя бы и между другими лицами; это слѣдуетъ понимать такъ, что въ этихъ спорахъ всѣ граждане французской республики признаются лицами юридически тождественными. Покойный Миловидовъ, изъ желанія провести во чтобы то ни стало состаявательное начало въ вопросѣ о силѣ судебныхъ рѣшеній, порицаетъ законъ 1884 г. [3]). Намъ кажется, что юристъ не вправѣ относиться отрицательно къ требованіямъ законодательной политики—законодатель руководится не логикою, а потребностями народной жизни, а юристъ изъ-за нарушенія логики не можетъ закрывать законодателю глаза, дабы тотъ не видѣлъ этихъ потребностей. Дѣло юриста разсмотрѣть насколько ограничена закономъ сфера свободы лица и каково его вліяніе на строй данной группы юридическихъ отношеній. 2) *Meme cause de la demande* — это и есть основаніе возникновенія права, активное основаніе иска, о которомъ рѣчь уже была выше [4]). 3) *Meme chose demande* — это вещественный субстратъ права. Бросается въ глаза отсутствіе указаній на тождество объекта спорныхъ отношеній; этотъ существенный пробѣлъ восполняется теоріею и практикою. По нашему уставу

---

[1]) Code civil art 1351.

[2]) Griolet н. с. стр. 67.

[3]) Миловидовъ. н. с. стр. 120.

[4]) Griolet н. с. стр. 133.

для тождества требуется: 1) тѣ же лица, 2) тотъ же спорный предметъ и 3) тоже основаніе [1]). Это копія съ французскаго кодекса и наша практика поступила весьма благоразумно, что поняла „спорный предметъ“ въ обширномъ смыслѣ—это и вещественный субстратъ права и объектъ спорнаго отношенія, какъ комплексъ дѣйствій. Г. Побѣдоносцевъ указываетъ, какъ на единое условіе тождества, на „тоже законное отношеніе, составляюще предметъ спора“ [2]). При столь широкомъ взглядѣ на этотъ, повидимому, недостающій въ законѣ элементъ, нѣтъ основанія опасаться, что неудачная редакція 895 ст. вызоветъ дурныя практическія послѣдствія, въ родѣ признанія тождества между спорами о собственности и объ узуфруктѣ, о владѣніи и о собственности и т. п. Въ германскомъ процессуальномъ кодексѣ о тождествѣ не упоминается; а потому укажемъ на нѣкорыя изъ партикулярныхъ законодательствъ. Прусское земское уложеніе не содержитъ никакихъ объ этомъ постановленій, а потому практикѣ приходится рѣшать вопросъ о тождествѣ по даннымъ теоріи [3]). Въ Баденѣ приняты постановленія французскаго кодекса (§ 1351). Саксонское уложеніе для тождества требуетъ, чтобы были 1) тѣже лица, причемъ признаетъ юридически тождественными преемника и предшественника, а въ дѣлахъ брачныхъ и о законности рожденія — первоначальныхъ тяжущихся и ихъ родственниковъ, а въ дѣлахъ объ участіи въ содержаніи незаконнорожденнаго — послѣдняго и мать; 2) тоже право по содержанію, т.-е. по объекту спорнаго отношенія и 3) тоже основаніе возникновенія права [4]). И тутъ пробѣлъ—не требуется тождества вещественнаго субстракта. Старикъ Зибенхаръ, оставаясь вѣрнымъ своему правилу: „das Wort „veraltet“... steht nicht in meinem Wörterbuche“, безъ оговорки, при объясненіи 177 ст. уложенія [5]), излагаетъ со временъ римскихъ юристовъ, установившіяся условія тождества: easdem personas, eadem res, eadem causa [6]). Наконецъ, надо указать на общую въ этомъ вопросѣ всѣмъ законодательствамъ черту, препятствующую провести съ полною послѣдовательностью общее положеніе, нами защищаемое. Дѣло въ томъ, что въ силу состязательнаго начала, судъ не можетъ безъ требованія истца постановить рѣшеніе о процентахъ, даже когда капиталъ присужденъ. Но мы уже выше указали, что это необходимо. Всѣ современныя законодательства выставляютъ общее положеніе, что судъ въ рѣшеніи своемъ не можетъ присуждать требованія незаявленныя [7]). Положеніе прекрасное во всѣхъ отношеніяхъ, но таковое его качество нисколько не умалилось бы, если бы изъ него были допущены тѣ или другія изъятія, а именно, изъятія относительно процентовъ. То, что положеніе это требуется состязательнымъ началомъ, еще ничего не доказываетъ. Состязательное начало не есть юридическій принципъ, а начало законодательной политики и изъ него можно допустить сколько угодно исключеній. Таковое именно и могло бы быть допущено относительно процентовъ. Старый прусскій уставъ судопроизводства, который вообще не стѣснялся съ состязатель-

---

[1]) Уст. гр. суд. ст. 895.

[2]) Побѣдоносцевъ, н. с. тез. 1181. Другіе наши процессуалисты считаютъ внѣ всякаго сомнѣнія, что и у насъ существо права, его природа (по нашему объектъ) имѣютъ рѣшающее значеніе, см. Малышевъ, н. с. т. I стр. 482. Анненковъ, н. с. т. IV стр. 280 и др.

[3]) Förster н. с. т. стр. 281.

[4]) Säch. b. Gesetzb. § 177, 1857, 1365, 1866.

[5]) Siebenhaar, Lehrbuch des sächs. Privatrechts. Leipzig. 1275 1. 156.

[6]) Paulus въ L. 12, 14, D. de exc. rei jud. 44, 2, L. 16. D. qui potior. in pign. 20, 4. Macer въ L. 63. D. de re judic. 42, 1.

[7]) Code de pr. art. 480 C. Pr. Ord. § 279. Öst. Ger. Ord. § 240. Уст. гражд. суд. ст. 706.

нымъ началомъ [1]), допускалъ таковое исключеніе [2]). Но какъ бы то ни было, современные уставы этого не допускаютъ и стало быть капиталъ и проценты не суть субстраты тождественные въ томъ случаѣ, когда капиталъ присужденъ истцу, но они являются таковыми, когда истцу отказано въ капиталѣ.

Кромѣ изложеннаго случая, какъ мы сказали, законодательства указываютъ на условія сохраненія внутренняго тождества спорнаго отношенія, и именно со стороны объекта и юридической связи между субъектомъ и объектомъ; иначе говоря, законодательства указываютъ, когда искъ почитается измѣненнымъ; но при указаніи условій неизмѣняемости иска умалчиваютъ о неизмѣняемости субъектовъ. Французское законодательство запрещаетъ измѣненіе иска, какъ въ стадіи conciliation, такъ и въ стадіи, слѣдующей за доставленіемъ exploit d'ajournement. Но мы видѣли, что нѣкоторые ученые, напр., Боатаръ, полагаютъ, что въ стадіи conciliation истецъ можетъ измѣнить искъ лишь въ томъ смыслѣ, что можетъ предъявить требованіе, находящееся въ связи съ первоначальнымъ, напр., о приращеніяхъ, принадлежностяхъ. Говоря это, Боатаръ, этотъ славный, но, къ сожалѣнію, незнакомый съ нѣмецкою литературою, ученый выразилъ въ неудачной формѣ мысль, давно придуманную и лучше выраженную нѣмецкими учеными. Connexite, liaison термины весьма неопредѣленные, эластичные. Боатаръ, очевидно, хотѣлъ сказать, что не будетъ измѣненіемъ иска требованіе цѣлаго (капиталъ + приращенія, %-ты, принадлежности) вмѣсто первоначальнаго требованія части (капитала). Что касается стадіи собственно разрѣшительной, слѣдующей за cociliation, то, хотя измѣненъ искъ, какъ мы видѣли, быть не можетъ, но возможно предъявленіе требованія о приращеніяхъ, принадлежностяхъ и т. д. Одни лишь французскіе ученые смотрятъ на это требованіе какъ на дозволенное измѣненіе иска, осуществляемое посредствъ demande incident [3]). Нѣмецкая наука давно уже перестала смотрѣть на эти случаи, какъ на *измѣненія*. Германскій уставъ запрещаетъ измѣненіе иска и признаетъ таковое лишь при измѣненіи: *основанія иска*, т.-е., по нашему, активнаго основанія иска или фактовъ правопроизводящихъ. Разногласіе между Клейншродомъ [4]) и Плочемъ [5]) относительно того, понимаетъ ли уставъ подъ Klagegrund фактическое правооснованіе иска т.-е. факты правопроизводящіе, или утвержденія, заявленія истца, что ему принадлежитъ право (Rechtsbehauptung), — должно быть, кажется, разрѣшено въ пользу перваго мнѣнія, принадлежащаго Клейншроду. Дѣло въ томъ, что германскій уставъ говоритъ, что не считается измѣненіемъ иска, когда истецъ, не измѣняя основанія иска, дополняетъ и исправляетъ (ergänzen oder berichtigen) фактическія и юридическія свои заявленія (Anführungen) Плочъ и полагаетъ, что если понимать подъ основаніями иска фактическія основанія, то дополненіе и исправленіе ихъ невозможно безъ измѣненія основаній иска. Едва ли это такъ. Всякое дополненіе и исправленіе предполагаетъ нѣчто неизмѣнное, постоянно, что лишь дополняется и исправляется; это неизмѣнное есть основаніе иска; отъ дополненія или исправленія оно не становится инымъ. Столъ, къ которому придѣлывается украшеніе (дополненіе) и приклеивается новая ножка (исправленіе) остается тѣмъ же столомъ. Если истецъ, напр., требуетъ отъ отвѣтчика возвращенія саней, какъ свою собственность, а потомъ заявляетъ, что сани находились у отвѣтчика потому, что

---

[1]) Gans-Uber die Untersuchungsmaxime des preus. C. Pr. въ Beiträge zur Revis. der pr. Gesetzg Berlin 1830—1832, S. 450 и слѣд.

[2]) Pr. Allg. Ger. Ord. Theil 1, Tit. 23, § 58, 63.

[3]) Bonnier н. с. 151, Berriot-de-Sainte Prix-Cours de droit c. t. 1. p. 291.

[4]) Kleinshrod-Klagänd стр. 20.

[5]) Plosz н. с. стр. 124.

были отданы ему въ починку, то это дополненіе не измѣняетъ основанія иска; или, напр., если истецъ исчислилъ сумму иска сначала однимъ, затѣмъ другимъ способомъ, — положимъ сначала считалъ за складъ дровъ посаженно, а потомъ по размѣру мѣста ими занимаемаго, то это исправленіе, конечно, не измѣняетъ основанія иска [1]). — Кромѣ основанія иска германскимъ уставомъ признается измѣненіемъ иска измѣненіе [2]) *вещественнаго субстрата права*; это выводъ a contrario изъ того, что замѣна одного предмета другимъ не почитается измѣненіемъ лишь при указанныхъ закономъ условіяхъ—значитъ, внѣ этихъ условіяхъ замѣна эта есть измѣненіе иска. Признавая для тождества спорнаго отношенія необходимость тождества вещественнаго субстрата, германскій уставъ, однако, указываетъ на рядъ случаевъ, когда при отсутствіи фактическаго тождества субстратовъ признается тѣмъ не менѣе юридическое ихъ тождество. Кромѣ извѣстныхъ, общепринятыхъ въ наукѣ случаевъ, а именно, когда въ первоначальномъ спорномъ отношеніи субстратомъ является цѣлое, а въ измѣненномъ отношеніи субстратомъ является часть, входящая въ составъ цѣлаго, какъ доля субстрата первоначальнаго спора,—кромѣ этихъ случаевъ, говорю я, юридическое тождество признается [3]), когда въ измѣненномъ спорномъ отношеніи, наоборотъ, субстратомъ является цѣлое, а въ первоначальномъ—часть того же самаго предмета; иначе говоря, истецъ можетъ требовать болѣе чѣмъ сначала требовалъ, но онъ не можетъ потребовать другого предмета. Конечно, тутъ логическое противорѣчіе: требовать болѣе того, чѣмъ было потребовано, значитъ предъявлять требованіе о новомъ, т.-е. другомъ предметѣ. Затѣмъ, другой случай: если въ первоначальномъ спорномъ отношеніи субстратомъ является одна вещь въ началѣ потребованная, въ силу измѣнившихся обстоятельствъ, не можетъ быть доставлена; въ этомъ случаѣ можетъ быть доставлена или другая вещь, или вознагражденіе за лишеніе вещи. [1])—О необходимости тождества объекта уставъ не говоритъ; восполненіе этого пробѣла дѣло теоріи и практики. — Австрійскій уставъ признаетъ лишь одно условіе внутренняго тождества: тождества, или иначе, неизмѣняемости юридическаго основанія иска [4]), т.-е. основанія возникновенія права. Столь скудное постановленіе восполняется наукой. Такъ, Канштейнъ требуетъ сохраненія тождества объекта и вещественнаго субстрата правъ. Общепризнанными случаями можно было бы и ограничиться. Однако, онъ не довольствуется ими. Говоря, что необходимо сохраненіе тождества субстрата, онъ указываетъ на одно исключеніе, т.-е. по нашему на юридическое тождество при отсутствіи тождества фактическаго,—а именно: вмѣсто вещи можно требовать вознагражденіе, цѣнность ея (quanti ea res est). Въ доказательство онъ ссылается на рядъ постановленій гражданскаго уложенія, въ силу коихъ можно требовать вмѣсто данной вещи стоимость ея; напримѣръ на постановленія о возвратѣ добросовѣстнымъ владѣльцемъ доходовъ, объ уплатѣ стоимости вещи при гибели ея и т. п. Доказательства эти слабы — изъ нихъ еще не видно, что *во время процесса* истецъ можетъ требовать сначала вещь, а потомъ эквивалентъ ея [5]). Нашъ уставъ открываетъ полную возможность приложенію данныхъ теорій; что онъ къ условіямъ внутренняго тождества относитъ тождество объекта и тождество основанія возникновенія права, это видно изъ того, что онъ требуетъ сохраненія тождества или неизмѣняемости требованія по существу; требованіе же измѣняется по существу именно благодаря измѣненію объекта и основанія возникновенія права. Затѣмъ, онъ запрещаетъ и предъ-

---

[1]) C. Pr. Ord. § 240 p. 1.

[2]) Побѣдоносцевъ, н. с. стр. 168. 169 (примѣры).

[3]) C. Pr. Ord. § 240 p. 2, 3.

[4]) Ost. Ger. Ord. 21. 49.

[5]) Canstein н. с. т. стр. 136.

явленіе новаго требованія. Но болѣе подробныя правила имѣются въ немъ касательно вещественнаго субстрата. Изъ запрещенія увеличивать первоначальное требованіе и предъявлять новое, съ одной стороны, и съ другой — изъ того, что замѣнить одну вещь другою, напримѣръ вещь ея цѣнностью, можно лишь при указанныхъ въ законѣ условіяхъ, — видно, что измѣненіе субстрата невозможно. Но уставъ признаетъ и юридическое тождество субстратовъ въ тѣхъ случаяхъ, когда фактически его нѣтъ, а именно, когда въ первоначальномъ отношеніи субстратомъ является цѣлое, а въ измѣненномъ часть (уменьшеніе требованія), когда въ первоначальномъ искѣ требуется капиталъ, а въ измѣненномъ—%-ты, приращенія, принадлежности и когда въ первоначальномъ — субстратомъ является одна вещь, а въ измѣненномъ—цѣнность ея; но послѣднее возможно лишь въ томъ случаѣ, когда вещь (субстратъ первоначальнаго иска) отчуждена или утрачена [1].—Такъ, въ общемъ согласно съ теоріею, рѣшается въ современныхъ законодательствахъ вопросъ объ условіяхъ тождества.

### В. Послѣдствія признанія судомъ наличности внѣшняго или отсутствія внутренняго тождества спорнаго отношенія.

Мы выше уже имѣли случай показать, что отсутствіе внѣшняго тождества спорнаго отношенія есть одно изъ условій возникновенія процессуальнаго отношенія, а сохраненіе внутренняго тождества одно изъ условій существованія уже возникшаго процессуальнаго отношенія. Мы сказали также, что отсутствіе того или другого условія процесса влечетъ за собою различныя послѣдствія, смотря по тому отсутствуетъ ли условіе возникновенія или существованія или измѣненія, или прекращенія, или охраненія процессуальнаго отношенія. Такъ, отсутствіе условія возникновенія влечетъ за собою признаніе даннаго процессуальнаго отношенія никогда не возникшимъ, а отсутствіе условія существованія, движенія—признаніе невозможности дальнѣйшаго движенія правомѣрно возникшаго процессуальнаго отношенія. Слѣдовательно, соотвѣтствующія этому послѣдствія наступаютъ и при наличности внѣшняго и отсутствіи внутренняго тождества. Обратимся къ каждому изъ этихъ послѣдствій въ отдѣльности.

*1. Послѣдствія наличности внѣшняго тождества.*

Признаніе наличности внѣшняго тождества даннаго спорнаго отношенія влечетъ за собою то послѣдствіе, что отношеніе, сказали мы, считается никогда не возникшимъ. Переводя это на судебный языкъ, можно сказать, что судъ, найдя, что данное спорное отношеніе тождественно съ другимъ, прекращаетъ производство дѣла, т.-е. постановляетъ рѣшеніе объ устраненіи иска, Abweisung der Kläge. Этимъ устраненіемъ иска не рѣшается вопросъ о спорномъ правоотношеніи, хотя для рѣшенія вопроса о возможности и необходимости устраненія иска и приходится обратиться къ спорному правоотношенію. Прекращеніе производства, понятно, не исключаетъ возможности предъявленія иска, если, по особенностямъ даннаго случая, новое предъявленіе иска возможно; напр., если предъявлено основательное возраженіе о неподсудности, то искъ можетъ быть предъявленъ въ судъ, коему онъ подсуденъ и судъ этотъ постановляетъ рѣшеніе; то же самое слѣдуетъ сказать и о возраженіи о тождествѣ даннаго дѣла съ дѣломъ, производящимся въ другомъ судѣ: но если предъявлено основательное возраженіе о рѣшенномъ дѣлѣ, то уже новаго иска предъявлено быть не можетъ. При прекращеніи производства важно вовсе не то, закрывается ли или нѣтъ возможность разрѣшенія спора когда-либо, а то, что при прекращеніи производства судъ не разрѣ-

[1]) Уст. гр. суд. 332, 333.

шаетъ спора по существу, а лишь устраняетъ искъ, какъ не подлежащій разрѣшенію. Господствующее мнѣніе, однако, клонится къ тому, что absolutio ab instantia предполагаетъ возможность разрѣшенія дѣла другимъ судомъ; предполагается, что только судъ, устраняющій искъ, не можетъ его разрѣшить, а другой судъ, или тотъ же, по устраненіи извѣстнаго недостатка, можетъ. Такъ, Рено [1]) Ветцель [2]) и др. органичиваютъ основанія absolutio ab instantia случаями, когда тотъ же искъ находится на разрѣшеніи суда, когда имѣется упущеніе при подачѣ иска (не представлено обезпеченія, не соблюдена форма и т. д.), когда не въ тотъ судъ предъявленъ искъ и когда онъ предъявленъ преждевременно. Канштейнъ [3]) въ этомъ ученіи находится какъ бы между двухъ огней: съ одной стороны, господствующее мнѣніе, съ другой—современное австрійское законодательство; первое при absolutio ab instantia предполагаетъ возможность новаго разрѣшенія дѣла; второе этого не требуетъ; оно относитъ къ процессуальнымъ возраженіямъ exceptio rei judicatae и допускаетъ adsol. ab instantia какъ послѣдствіе этой exceptio. Нельзя сказать, чтобы Канштейнъ удачно вышелъ изъ затрудненія: онъ примкнулъ къ господствующему мнѣнію, а при перечисленіи случаевъ, по поводу которыхъ судъ постановляетъ объ absolutio ab instantia упоминаетъ exceptio rei judicatae. И вышло такъ, что при основательности этой exceptio судъ постановляетъ объ absolutio ab instantia и тѣмъ даетъ возможность разрѣшенія того же дѣла въ будущемъ. Господствующая въ наукѣ характеристика дѣленія невыгодныхъ для истца исходовъ процесса на absolutio ab instantia и absolutio ab actione страдаетъ тѣмъ существеннымъ недостаткомъ, что слишкомъ узко понимаетъ первое изъ этихъ послѣдствій. Прекращеніе производства само по себѣ настолько характерно, что связывать съ нимъ мысль о возможности разрѣшенія дѣла въ будущемъ нѣтъ никакой надобности. Узкость эта обнаруживается, прежде всего, на одномъ изъ возраженій о тождествѣ, а именно, на злосчастной exceptio rei judicatae. Логически такое дѣленіе необходимо: два только невыгодныхъ для истца исхода процесса и могутъ наступить: или absoutio ab instantia или absolutio ab actione [4]); что не есть absolutio ab actione, то есть absolutio ab instantia. Самый характерный признакъ различія этихъ двухъ видовъ absolutiones тотъ, что въ одномъ случаѣ судъ не признаетъ права, въ другомъ—не признаетъ возможности возникновенія процесса. При такой характеристикѣ и exceptio rei judicatae подходитъ подъ процессуальныя возраженія. Относительно другихъ возраженій о наличности внѣшняго тождества и законодательства и наука признаютъ, что послѣдствіе ихъ есть absolutio ab instantia. Всѣ они подходятъ подъ господствующій въ наукѣ взглядъ на absolutio ab instantis; оба возраженія о подсудности и о тождествѣ съ дѣломъ производящимся въ другомъ судѣ, будучи признаны основательными, влекутъ за собою прекращеніе процесса. То же самое слѣдуетъ сказать и о возраженіи о рѣшенномъ дѣлѣ. [5]).

*2. Послѣдствія отсутствія внутренняго тождества.*

Когда въ теченіе процесса спорное отношеніе теряетъ свое тождество, т.-е. когда—либо истецъ измѣняетъ свой искъ, либо въ процессъ вступаетъ лицо, не успѣвшее доказать свою legitimatio ad causam successionis, это новое спорное отношеніе не можетъ уже быть поводомъ дальнѣйшаго существованія

---

[1]) Renaud. н. с. стр. 178—189.

[2]) Werzell. н. с. стр. 544—545.

[3]) Canstein т. II, стр. 479.

[4]) Endemann н. с. стр. 523.

[5]) Code de pr. c. art 171 C. Pr. Ord. § 247 p. 1, 3 Ost. Ger. Ord. § 70 уст. гр. суд. пр. ст. 571.

процессуальнаго отношенія, поводомъ котораго было прежнее спорное отношеніе; иначе говоря, судъ въ томъ же производствѣ процесса уже не можетъ разрѣшить спорное отношеніе, появившееся вслѣдствіе происшедшаго измѣненія прежняго. Въ этомъ смыслѣ и должно быть понимаемо то вышеупомянутое положеніе, что сохраненіе внутренняго тождества есть условіе дальнѣйшаго существованія спорнаго отношенія, т.-е. при отсутствіи этого условія процессуальное отношеніе не можетъ продолжать своего существованія.

Когда спорное отношеніе потеряло, повидимому, свое внутреннее тождество, истецъ измѣнилъ свой искъ, на мѣсто одного лица вступило другое, то, въ первомъ случаѣ—по иниціативѣ отвѣтчика, во второмъ—по иниціативѣ суда,—изслѣдуется вопросъ, дѣйствительно ли произошло измѣненіе иска, дѣйствительно ли вновь вступившій можетъ удостовѣрить свою causa successionis. Если окажется, что искъ не измѣненъ, т.-е. въ первоначальномъ и новомъ спорныхъ отношеніяхъ объекты и юридическая связь объекта съ субъектомъ, т.-е. право, по основанію возникновенія и вещественному субстрату,—тождественны фактически или только юридически, точно также если окажется, что вступившее въ процессъ лицо обладаетъ légitimatio ad causam successionis, то конечно, данное процессуальное отношеніе продолжаетъ свое теченіе, свое дальнѣйшее движеніе—спорное отношеніе, казавшееся измѣнившимся, оказалось тождественнымъ съ прежнимъ, и процессъ продолжается. Но если этого тождества не окажется, то измѣнившееся спорное отношеніе, конечно, не подлежитъ уже разрѣшенію суда. Но какъ быть въ этомъ случаѣ съ первоначальнымъ отношеніемъ? что съ нимъ, точнѣе говоря, дѣлается? Для разрѣшенія этого вопроса обратимся сначала къ тому случаю, когда судъ признаетъ, что нарушено тождество объекта спора и юридической связи субъекта съ объектомъ, т.-е., что произошло дѣйствительное измѣненіе иска, затѣмъ—къ тому случаю, когда судъ признаетъ, что нарушено тождество субъекта, т.-е. вступившее лицо нелегитимировано.

а) *Послѣдствія измѣненія иска касательно первоначальнаго отношенія.*

Независимо отъ того, что судъ не разсматриваетъ измѣнившагося спорнаго отношенія, измѣненіе иска можетъ оказать то или другое вліяніе на первоначальное спорное отношеніе. Конечно, если истецъ, послѣ того, какъ судъ призналъ, что измѣненіе имѣетъ мѣсто, положимъ, остается при первоначальномъ искѣ, отказываясь отъ измѣненія,—тогда производство дѣла продолжается. Но можетъ быть и иначе. Многіе ученые, напр. Ветцель [1]), Рено [2]), Эндеманъ, [3]) Байеръ [4]) говорятъ, что въ томъ случаѣ, когда истецъ все-таки настаиваетъ на разрѣшеніи измѣненнаго иска, отвѣтчику позволяется не вступать въ споръ по измѣненному иску (braucht sich nicht einzulassen). Говоря это, освобождая его отъ вступленія въ споръ, они хотятъ сказать, что судъ не вправѣ разсматривать этотъ измѣненный искъ, а долженъ разрѣшить первоначальный. Байеръ даже предоставляетъ отвѣтчику предъявить exceptio litis pendentis; что, конечно, невѣрно и противорѣчитъ собственнымъ же воззрѣніямъ автора, признающаго, что эта exceptio дается въ томъ случаѣ, когда *dieselbe* Klage находится на разрѣшеніи суда [5]). Но какъ бы то ни было, судъ, по мнѣнію этихъ ученыхъ, игнорируетъ происшедшее измѣненіе иска. Но далѣе, по мнѣнію Рено, это измѣненіе первоначальнаго иска не должно оказывать никакого вліянія на него; оно не можетъ влечь

---

[1]) Wetzell н. с. стр. 957.

[2]) Renaud. н. с. стр. 173.

[3]) Endemann н. с. стр. 628.

[4]) Bayer, Vortr. стр. 552.

[5]) Wilmowsky und Levy н. с. стр. 34.

за собою ни absolutio ab instantia, ни absoluito ab actione, тогда какъ Ветцель полагаетъ, что это quaestio facti въ тѣхъ случаяхъ, когда новымъ искомъ требуется не то, что требовалось первоначальнымъ; въ измѣненіи онъ видитъ отреченіе (Veraicht) отъ послѣдняго; это отреченіе и можетъ явиться въ видѣ отказа отъ иска. Но если истецъ требуетъ въ новомъ искѣ того же но въ большемъ размѣрѣ, то уже отреченія не предполагается. Ни мнѣнія Ветцеля, ни Рено, намъ кажется, принять нельзя, ибо, скажемъ противъ Ветцеля, всякое отреченіе, а тѣмъ болѣе отреченіе отъ иска, весьма серьезная вещь, которая не можетъ быть выведена изъ того, что истецъ желаетъ, чтобы измѣненный искъ былъ разрѣшенъ; отрицать же, скажемъ противъ Рено, возможность absolutio ab insiantta или ab actione, вслѣдствіе измѣненія иска, слишкомъ смѣло. Намъ кажется, надо различать два случая: 1) Истецъ ничего не заявляетъ о судьбѣ первоначальнаго иска. Если въ этомъ случаѣ, благодаря измѣненію иска, дѣйствительно тождество нарушено, то остается лишь разрѣшить первоначальный искъ: постановить рѣшеніе по существу. 2) Истецъ заявляетъ суду о судьбѣ первоначальнаго иска. Если онъ отказывается отъ иска, судъ постановляетъ рѣшеніе но существу о первоначальномъ искѣ и истецъ можетъ предъявить новый искъ. Наконецъ, истцу можетъ быть предоставленъ еще одинъ выходъ—взять искъ обратно, конечно, съ обязательствомъ вознаградить отвѣтчика за всѣ причиненные убытки.—Что касается современныхъ законодательствъ, то они не разрѣшаютъ занимающаго насъ вопроса и даютъ лишь кое-какія данныя для разрѣшенія его. Такъ относительно германскаго устава Вильмовскій [1]) того мнѣнія, что во время словеснаго состязанія взять обратно свой первоначальный искъ истецъ не вправѣ и въ случаѣ измѣненія иска отвѣтчикъ можетъ просить о разрѣшеніи первоначальнаго иска по существу. Онъ говоритъ, что для отвѣтчика выгоднѣе просить о постановленіи рѣшенія, чѣмъ не дѣлать этого, ибо, для полученія вознагражденія за издержки, въ первомъ случаѣ достаточно приказа суда объ исполненіи, а во второмъ—надо ему предъявить о томъ особый искъ [1]). Взять искъ обратно истецъ не можетъ [2]) Что касается французскаго устава, то въ виду отсутствія въ немъ правилъ по данному вопросу и несомнѣннаго запрещенія истцу измѣнить свой искъ—это законодательство открываетъ возможность примѣнить то положеніе, что судъ, какъ мы показали выше, разсматриваетъ первоначальный искъ. Взять искъ обратно, однако, по французскому праву истецъ не вправѣ [3]). Нашъ уставъ совершенно умалчиваетъ объ этомъ вопросѣ; у насъ судъ, кажется, долженъ игнорировать измѣненный искъ и постановить рѣшеніе по существу; но въ виду вышеизложенныхъ соображеній, въ случаѣ письменнаго заявленія истца объ измѣненіи иска, судъ лишь прекращаетъ производство. Г. Анненковъ [4]) приводитъ весьма остроумно, въ подтвержденіе права суда игнорировать новый измѣненный искъ, 706 статью. Дѣйствительно, въ силу этой статьи судъ не имѣетъ права ни постановлять рѣшенія о тѣхъ предметахъ, о коихъ не предъявлено требованія, ни присуждать болѣе того, что требовалось тяжущимися. Слѣдовательно требованія истца, неуказанныя въ исковымъ прошеніи, судомъ игнорируются.

а) *Послѣдствія вступленія нелегитимированнаго лица на мѣсто выбывшаго тяжущагося.*

Объ этомъ случаѣ нечего говорить—онъ понятенъ. Очевидно, если судъ придетъ къ тому заключенію, что лицо, желающее вступить на мѣсто выбыв-

---

[1]) Wilmowsky und Levy н. с. стр. 34.
[2]) C. Pr. Ord. 9. 245.
[3]) Code de pr. c. art. 243.
[4]) Анненковъ н. с. т. I. стр. 473.

шей стороны, не имѣетъ legitimatio ad causam successionis, то процессъ при участіи такого лица продолжаться не можетъ; лицо это устраняется и процессъ продолжается, какъ будто бы и не было ни съ чьей стороны заявлено о желаніи замѣтить выбывшую сторону. На этомъ вопросѣ ни теорія, ни законодательства не останавливаются.

---

## IV.

## Первое двадцатипятилѣтіе устава гражданскаго судопроизводства [1]).

### (1864—1888 гг.)

Гражданскій процессъ—одна изъ тѣхъ счастливыхъ областей законодательства, которыя стоятъ вдали отъ всякихъ политическихъ и соціальныхъ „вѣяній“, „злобъ“ и „вожделѣній“. Дѣятельность гражданскихъ судовъ, подобно тѣмъ правоотношеніямъ, съ которыми вѣдаются эти суды, всего менѣе подвержена натискамъ и вторженіямъ партійныхъ, дѣйствующихъ съ перемѣннымъ успѣхомъ, тенденцій. Представляя почву неудобную для игры политическихъ страстей, гражданскій процессъ въ весьма немногихъ случаяхъ испытываетъ рикошетные удары отъ этой игры, происходящей въ другихъ сопредѣльныхъ областяхъ юридическаго быта (напр. отъ тенденціозныхъ измѣненій въ области судоустройства); но въ общемъ—это явленіе исключительное и во всякомъ случаѣ, собственно для процесса, второстепенное. Потому-то нѣтъ ничего удивительнаго въ томъ, что судопроизводственный законодательный актъ, дѣйствовавшій въ теченіе четверти вѣка, спокойно двигаясь по теченію жизни, не подвергался роковымъ крушеніямъ. Но если, съ одной стороны, гражданскій процессъ не подверженъ тенденціознымъ натискамъ, то съ другой и въ его области возможенъ и прогрессъ и регрессъ, и поступательное и попятное движенія; но это лишь въ смыслѣ проведенія началъ или освѣщенныхъ и одобренныхъ наукою и практикою или отвергнутыхъ и осужденныхъ ими. Тенденціи, проникшія въ правительственную дѣятельность, могутъ вызвать рѣшительную реакцію, и вотъ въ эту-то реакціонную пору можетъ наступить и въ области гражданскаго процесса не только застой, но и попятное движеніе; можетъ наступить время, когда разумныя и цѣлесообразныя начала, на которыхъ зиждился прежній гражданскій процессъ разрушаются и мѣсто ихъ заступаютъ начала давно осужденныя, отвергнутыя, почти забытыя. Честь и слава тому судопроизводственному акту, который въ теченіе четверти вѣка не регрессировалъ въ указанномъ смыслѣ.

Если окинуть взоромъ четверть вѣка прожитую нашимъ уставомъ гражданскаго судопроизводства, то приходишь къ тому, что это одинъ изъ наиболѣе счастливыхъ судопроизводственныхъ актовъ. Не говоря уже о томъ, что онъ не былъ—потому что не могъ быть—ареною политическихъ страстей, онъ въ теченіе четвертивѣковаго своего существованія, въ общемъ, не регрессировалъ. Если оставить въ сторонѣ нѣкоторыя частности, то придется признать, что и рикошетныхъ ударовъ отъ измѣненій въ другихъ областяхъ, онъ не испыталъ.

---

[1]) Ж. гр. и уг. пр. 1889 г. кн. 9.

I.

Независимо отъ тѣхъ измѣненій устава, которыя были вызваны законодательными актами по другимъ областямъ юридическаго быта, за двадцать пять лѣтъ, а) отдѣльныя части его подверглись дальнѣйшему развитію, причемъ одни изъ послѣдующихъ законоположеній являются дальнѣйшимъ развитіемъ мысли, уже выраженой въ законѣ, имѣютъ характеръ болѣе истолковательный, пояснительный; другія дополняютъ собою существующій законъ въ деталяхъ, частностяхъ; б) внесено много новыхъ законоположеній, отчасти вовсе неимѣвшихся въ виду при составленіи устава, отчасти намѣренно не внесенныхъ въ уставъ, и наконецъ, в) нѣкоторыя положенія устава совершенно отмѣнены. Разсмотримъ эти измѣненія именно въ этомъ порядкѣ.

Что касается измѣненій, вызванныхъ актами, изданными по другимъ областямъ законодательства, то самымъ раннимъ изъ этихъ актовъ было положеніе о нотаріальной части 14 апрѣля 1866 г. Вліяніе его выразилось въ томъ, что всѣ постановленія устава, касающіяся явочныхъ актовъ, были примѣнены къ актамъ нотаріальнымъ и явленнымъ къ засвидѣтельствованію. Такъ, эти акты упоминаются въ числѣ письменныхъ документовъ (ст. 432); доказательная сила ихъ распространена на преемниковъ сторонъ (ст. 457); не признанные таковыми, они сохраняютъ силу актовъ домашнихъ (ст. 459), выставленный на нихъ день почитается достовѣрнымъ (ст. 476), противъ нихъ не можетъ быть заявлено сомнѣніе въ подлинности (ст. 543) и они выбираются, предпочтительно передъ другими, для сличенія почерка (ст. 552). Черезъ два года, въ 1868 г. изданы два закона, повліявшихъ на кругъ дѣятельности гражданскихъ судовъ, именно: 16 января—законъ о судебно-межевомъ разбирательствѣ, и 1 іюля о судопроизводствѣ по дѣламъ о несостоятельности. Первый изъ этихъ законовъ касается какъ петиторнаго такъ и поссесорнаго процессовъ, т.-е. размежеванія земель, а также выдѣла участковъ въѣзжаго лѣса и возстановленія межевыхъ границъ владѣнія. Дѣла о размежеваніи земель и выдѣла лѣса до 1868 г., какъ видно изъ однаго, хотя и довольно темнаго, мѣста въ соображеніяхъ редакторовъ устава, тоже подлежали вѣдѣнію окружныхъ судовъ, но производились по правиламъ межевымъ (уст. гражд. суд. изд. госуд. канц. стр. 700). При примѣненіи межевыхъ законовъ судамъ приходилось дѣйствовать и на основаніи устава, т.-е. согласовывать два законодательныхъ акта, что представляло большія затрудненія. Устраненіе ихъ, прежде всего, и имѣлъ въ виду законъ 16 января. Поссесорнаго процесса законъ этотъ коснулся лишь съ одной стороны: въ искахъ о возстановленіи нарушеннаго владѣнія, при нарушеніи межевыхъ границъ, судамъ предписывается основывать свои рѣшенія исключительно на межевыхъ книгахъ и планахъ, что вполнѣ раціонально въ видахъ необходимости охраненія межевыхъ границъ.—Законъ 1 іюля о несостоятельности, въ сущности не расширилъ компетенціи окружныхъ судовъ; и до 1868 г. они вѣдали конкурсныя дѣла, но руководились тоже mutatis mutandis уставомъ о несостоятельности торговой и въ дѣлахъ о неторговой несостоятельности (уст. гражд. суд. госуд. канц. стр. 574). Законъ и тутъ имѣлъ въ виду устранить рядъ сомнѣній, вызываемыхъ на практикѣ.

Болѣе рѣшительное вліяніе на постановленія собственно устава имѣли: общій желѣзнодорожный уставъ 12 іюля 1885 г. и положеніе о наймѣ на сельскія работы 12 іюня 1886 года. Еще задолго до изданія общаго устава, было признано необходимымъ внести нѣкоторыя измѣненія въ области гражданскаго процесса относительно дѣлъ, касающихся желѣзныхъ дорогъ, а именно: по закону 27 ноября 1873 г. свидѣтели изъ служащихъ на желѣз-

ныхъ дорогахъ вызываются чрезъ свое начальство; последнему тѣмъ самымъ дается возможность (въ теченіе 7 дней) распорядиться о замѣщеніи вызываемыхъ, во время ихъ отсутствія, другими лицами (ст. 89[1], 380[1]). Закономъ 6 января 1869 г. введено два правила касающіяся уничтоженія или перенесенія, по требованію управленія желѣзной дороги, сооруженій на земляхъ, лежащихъ вдоль линіи, а именно—иски правленія подсудны суду по мѣсту нахожденія имущества (ст. 34[1], 913[1]) и цѣна иска о вознагражденіи за уничтоженіе или перенесеніе опредѣляется разностью между предложеніемъ правленія желѣзной дороги и требованіемъ владѣльца (ст. 273 п. 6). Первое изъ этихъ положеній, оказывается, совершенно излишнимъ, ибо и безъ него иски эти предъявлялись бы по этому основанію подсудности (ст. 212), второе же устанавливаетъ, безъ достаточныхъ основаній, слишкомъ большую льготу въ пользу владѣльцевъ земель, вдоль линіи желѣзныхъ дорогъ лежащихъ. Цѣна иска, ими предъявляемаго, чрезмѣрно понижена, она не равняется дѣйствительной цѣнѣ его; для нихъ это представляетъ выгоду двоякаго рода: 1) приходится уплачивать судебныя пошлины не по цѣнѣ иска, а съ разности между требуемою и предложенною суммою и 2) дается возможность предъявить мировому судьѣ искъ, по общему правилу, подсудный окружному суду. Эти несправедливыя правила покупаются цѣною нарушенія не только правилъ, опредѣляющихъ цѣну иска, но и правилъ о подсудности.—Самъ желѣзнодорожный уставъ внесъ цѣлый рядъ весьма существенныхъ измѣненій: 1) предварительные переговоры между сторонами, какъ относительное условіе предъявленія иска къ желѣзной дорогѣ; лицо пострадавшее можетъ обратиться къ правленію съ требованіемъ вознагражденія; къ суду оно можетъ обратиться лишь въ случаѣ отказа, полнаго или частичнаго, въ требованія или же въ случаѣ оставленія правленіемъ его требованія безъ отвѣта въ теченіе одного или двухъ мѣсяцевъ, смотря по роду иска. Если же оно не обратится со своими требованіемъ къ желѣзной дорогѣ, а сразу предъявитъ искъ, или же предъявитъ его до истеченія упомянутаго срока, то, при признаніи его иска желѣзною дорогою, вполнѣ или въ части, обязанъ уплатить, соразмѣрно признанной суммѣ, судебныя издержки и вознагражденіе за веденіе дѣла (ст. 121—124). Правила эти весьма цѣлесообразны, ибо благодаря имъ можетъ уменьшиться число судебныхъ дѣлъ съ желѣзными дорогами. 2) Истцу по искамъ о вознагражденіи предоставлено широкое право выбора основанія подсудности; по уставу гражданскаго судопроизводства онъ могъ бы предъявить искъ суду лишь по мѣсту нахожденія правленія (ст. 220, 221), а по статьѣ 127 устава желѣзныхъ дорогъ, онъ можетъ предъявить его или по мѣсту нахожденія правленія или станціи отправленія или назначенія, или же по мѣсту причинившаго вредъ событія; иски же о вознагражденіи за нарушеніе правилъ о пріемѣ грузовъ, могутъ быть предъявлены имъ по первому или по второму изъ указанныхъ основаній. Примѣненіе правилъ устава гражданскаго судопроизводства къ желѣзнодорожнымъ искамъ во многихъ случаяхъ было бы равносильно отказу въ судебной защитѣ. 3) Еще болѣе облегчается положеніе пострадавшаго тѣмъ, что искъ по перевозкѣ грузовъ и багажа прямымъ сообщеніемъ, можетъ быть предъявленъ или къ дорогѣ отправленія или къ дорогѣ назначенія, или къ дорогѣ, гдѣ произошла утрата или поврежденіе (ст. 122). 4) Отводу по связи дѣлъ, производящихся въ мировыхъ судахъ, уставъ желѣзныхъ дорогъ придалъ болѣе широкое значеніе. По уставу гражд. судопр. этотъ отводъ возможенъ при наличности „тѣсной связи" между дѣлами, т.-е. при полномъ или частичномъ единствѣ основаній исковыхъ требованій, но не при однородности ихъ; по уставу желѣзныхъ дорогъ, если истецъ предъявилъ одному или нѣсколькимъ мировымъ судьямъ нѣсколько исковъ, вытекающихъ изъ однородныхъ основаній, къ одной или нѣсколькимъ желѣзнымъ дорогамъ, то дорога-отвѣтчица можетъ предъявить отводъ, требуя

совмѣстнаго и одновременнаго ихъ разсмотрѣнія; подсудность этой совокупности исковъ опредѣляется общею сложностью цѣны всѣхъ исковъ (ст. 126). Правило это весьма удобное для желѣзныхъ дорогъ, крайне обременительно для частныхъ лицъ; затягивая безъ всякихъ основаній производство, особенно же въ тѣхъ случаяхъ, когда иски предъявлены къ нѣсколькимъ дорогамъ, т.-е. когда и субъективное единство нарушено. Вообще привести вѣскія основанія въ пользу такого расширенія отвода едва ли возможно; въ ст. 126 проявляется лишь одно скрытое желаніе, чтобы желѣзнодорожные иски разсматривались въ окружныхъ судахъ. 5) Прекращеніе истцомъ дѣла послѣ отсылки къ дорогѣ-отвѣтчицѣ вызова, влечетъ за собою крайне суровыя, неизвѣстныя нашему уставу гражданскаго судопроизводства, послѣдствія, Оно влечетъ за собою потерю иска навсегда. Эта строгая римская точка зрѣнія на litis contestatio совершенно чужда нашему праву и нельзя не пожалѣть о примѣненіи ея, да еще къ желѣзнымъ дорогамъ (ст. 134). 6) Повѣстки и другія бумаги высылаются судомъ въ правленіе или управленіе желѣзной дороги (прил. къ ст. 288, 725). Это правило установлено ради удобства частныхъ лицъ и имѣетъ значеніе въ тѣхъ случаяхъ, когда желѣзная дорога принадлежитъ полному товарищу или одному владѣльцу; чтобы не розыскивать соучастниковъ или владѣльца (ст. 288) бумаги отсылаются къ представителю предпріятія. 7) По желѣзнодорожнымъ дѣламъ требуется заключеніе прокурора (прил. къ ст. 179). Это положеніе лишено, какъ и самый институтъ заключенія прокурора, всякаго практическаго значенія, но законодатель хотѣлъ подтвердить выраженный имъ въ уставѣ взглядъ на желѣзнодорожное дѣло, какъ на дѣло публичное, государственное. Наконецъ 8) установленъ своеобразный порядокъ исполненія рѣшеній, состоявшихся противъ желѣзной дороги. Взысканіе не можетъ быть обращено ни на какое ея имущество (ст. 138); приставъ доставляетъ повѣстку правленію (ст. 139) и если, со времени врученія повѣстки, въ теченіе трехъ мѣсяцевъ, приставу не будетъ доставлена требуемая сумма, то взыскатель можетъ просить судъ объ объявленіи дороги несостоятельною (ст. 140). послѣдствіемъ чего является взятіе дороги въ казенное управленіе и ликвидація ея дѣлъ (ст. 142).

Положеніе о наймѣ на сельскія работы коснулось различныхъ частей процесса: 1) иски, возникающіе изъ этихъ договоровъ, подсудны суду мѣста исполненія (ст. $36^1$); положеніе это, однако, совершенно излишне, ибо и для мировыхъ судей, въ силу ст. 80, обязательна ст. 209, подъ которую вполнѣ подходятъ иски по договору найма рабочихъ; 2) въ дѣлѣ обезпеченія исковъ договорный листъ поставленъ въ положеніе акта нотаріальнаго, а именно— судья не вправѣ отказать истцу нанимателю въ обезпеченіи иска по найму, заключенному по договорному листу (ст. 125); этимъ положеніемъ, а также и тѣмъ, по которому 3) рѣшеніе суда подлежитъ предварительному исполненію (ст. 157 прил.), имѣлось въ виду усилить исполнительную силу обязательствъ по найму. Ради огражденія рабочаго отъ самовольнаго удержанія паспорта, 4) предварительное исполненіе рѣшенія, состоявшагося въ его пользу, сопровождается истребованіемъ отъ нанимателя вида и договорнаго листа; въ случаѣ невозвращенія ихъ нанимателемъ, мировой судья выдаетъ рабочему удостовѣреніе для полученія немедленно новыхъ вида и листа (ст. 57 прил.); 5) по дѣламъ о самовольномъ уходѣ рабочаго, при неизвѣстности его мѣста пребыванія, введены двѣ особенности относительно вызова отвѣтчика, а именно: повѣстка посылается на мѣсто его приписки полицейскому или волостному начальству и невлученіе ея не пріостанавливаетъ разбирательства дѣла въ назначенный срокъ (ст. 157). Наконецъ, 6) по дѣламъ о личномъ наймѣ вводятся два новыхъ положенія по заочному производству, а именно—неявка истца къ вторичному разбирательству дѣла, назначенному вслѣдствіе отзыва отвѣтчика, не влечетъ за собою прекращенія производства, но еслибы

новое рѣшеніе, при этихъ условіяхъ, было постановенно противъ истца, то онъ можетъ подать апелляціонную жалобу, хотя бы цѣна иска была менѣе 30 руб. (ст. 155[1]). Оба эти положенія находятся въ тѣсной связи: принятіе одного заставляетъ принять и другое; если разъ было признано необходимымъ,—что совершенно раціонально—освободить истца отъ вторичной явки, то не менѣе раціонально дать ему средства устранить тѣ невыгоды, которыя могутъ наступить вслѣдствіе его отсутствія на разбирательствѣ. Кромѣ разсмотрѣнныхъ законовъ и другіе вызвали необходимость измѣненія или дополненія правилъ устава, а именно—на основаніи закона 25 мая 1874 г. къ числу лицъ, имѣющихъ право быть повѣренными въ гражданскихъ дѣлахъ, отнесены частные повѣренные (ст. 45, 245); законы 17 апрѣля 1874 г., 26 декабря 1878 г., 15 іюня 1887 г. и др. (ст. 269, 462, 756, 840 и др.) внесли нѣкоторыя измѣненія относительно исчисленія и взысканія гербовыхъ сборовъ; положеніемъ о крестьянскомъ поземельномъ банкѣ 22 марта 1883 г. къ числу предметовъ, на которые не можетъ быть обращено взысканіе, отнесены деньги, назначенныя къ выдачѣ въ ссуду и полученныя, въ видѣ задатка, или доплаты къ ссудѣ (прил. къ ст. 1083); закономъ 19 апрѣля 1871 г. о раскольничьихъ бракахъ измѣнены правила о производствѣ дѣлъ брачныхъ и о законности рожденія у раскольниковъ (ст. 1356[1], 1356). Наконецъ, за истекшій періодъ въ уставѣ образовалась новая, пятая книга о порядкѣ судопроизводства въ Закавказскомъ краѣ и губерніяхъ варшавскаго судебнаго округа (22 ноября 1866 г., 19 февраля 1875 г., 28 мая 1880 г., 9 іюля 1889 г.).

Нельзя не упомянуть еще о двухъ законахъ, весьма важныхъ въ дѣлѣ гражданской юстиціи: 25 сентября 1883 г. Высочайше повелѣно пріостановить производство по искамъ бывшихъ государственныхъ крестьянъ о правѣ собственности на старозаимочныя земли и о возвратѣ уплаченной за эти земли оброчной подати; а 9 іюня 1886 г.—прекратить производство дѣлъ между вотчинниками и вѣчно-чиншевиками о вѣчно-чиншевомъ владѣніи земельными угодьями. Первымъ изъ этихъ законовъ производство дѣлъ пріостановлено впредь до законодательнаго разрѣшенія вопроса о старозаимочныхъ земляхъ, вторымъ — въ виду изданія Положенія о чиншевикахъ, коимъ регулированы отношенія по чиншевому владѣнію и созданы особые правительственные органы.

## II.

Цѣлый рядъ постановленій изданъ съ цѣлью дальнѣйшаго развитія положеній, содержащихся въ уставѣ. Одни изъ нихъ, какъ мы замѣтили выше, представляютъ собою дальнѣйшее развитіе мысли, уже выраженной въ законѣ. Такъ, въ основѣ ст. 6, опредѣляющей, что судъ гражданскій приступаетъ къ производству по иску о вознагражденіи за убытки, причиненные преступленіемъ, не прежде, какъ по окончаніи уголовнаго производства по этому преступленію—лежитъ мысль о необходимости предварительной уголовной процедуры въ тѣхъ случаяхъ, конечно, когда эта процедура возможна юридически, т.-е. требуется закономъ, и фактически. И редакторы устава мелькомъ высказываютъ эту мысль по поводу подлога; они говорятъ, что если, напр., къ обнаруженію виновнаго нѣтъ никакихъ данныхъ, то въ гражданскомъ судѣ дѣло продолжается, и онъ рѣшаетъ вопросъ о подлогѣ (изд. госуд. канц. 275). Да и практика, совершенно основательно, допускаетъ возможность разсмотрѣнія гражданскаго иска въ тѣхъ случаяхъ, въ которыхъ по 16 ст. уст. угол. суд., уголовное преслѣдованіе не могло быть возбуждено за смертью подсудимаго, давностью, примиреніемъ и милостивымъ манифестомъ (граж. кас. сен.

1873 г. № 1608, 1874 г. № 119, 1880 г. № 182). Но далѣе этого практика не пошла; она считала невозможнымъ предоставить суду гражданскому разсмотрѣніе иска объ убыткахъ въ тѣхъ случаяхъ, когда начатое уголовное производство пріостановлено, напр., вслѣдствіе неразысканія обвиняемаго (1886 г. № 99) или его сумасшествія. Ограниченія едва ли основательныя. Случаи, указанныя въ ст. 16 уст. угол. суд. и неразысканіе обвиняемаго и его сумасшествіе могутъ и должны быть различаемы съ точки зрѣнія уголовнаго процесса, но со стороны цивильной между ними разницы нѣтъ; если по смыслу закона потерпѣвшій долженъ быть вознагражденъ даже въ случаѣ смерти обидчика, давности и т. п., то не можетъ быть противно смыслу закона вознагражденіе его въ случаѣ сумасшествія или неразысканія виновнаго; и въ томъ и въ другомъ случаѣ одинаковая фактическая невозможность уголовной процедуры. Закономъ 14 апрѣля 1887 г. ст. 6 восполнена правиломъ, по которому гражданскій судъ можетъ разсмотрѣть искъ о вознагражденіи за убытки, причиненные преступленіемъ, въ случаяхъ сумасшествія или неразысканія виновнаго причемъ сдѣлано, хотя и не совсѣмъ удачно редактированное добавленіе, а именно: въ случаѣ возобновленія уголовнаго производства вслѣдствіе выздоровленія или розысканія виновнаго, до окончанія дѣла въ гражданскомъ судѣ, производство въ немъ пріостанавливается.

Закономъ 12 февраля 1868 г. постановлено, что лица, находящіяся въ услуженіи у дипломатическихъ агентовъ, подлежатъ вѣдомству нашихъ судовъ на общемъ основаніи. Этого аутентическаго толкованія вовсе не требовалось; и безъ того законъ ясно говоритъ, что изъяты изъ вѣдѣнія судовъ „послы, посланники и другіе дипломатическіе агенты", къ числу же ихъ, очевидно, прислуга ихъ причислена быть не можетъ. Все новое, что внесено этимъ закономъ, это то, что лицамъ этимъ повѣстки доставляются чрезъ посредство министерства иностранныхъ дѣлъ (прим. къ ст. 225).

Закономъ 10 апрѣля 1867 г. правила подачи, возвращенія и оставленія безъ движенія апелляціонныхъ жалобъ распространены на жалобы кассаціонныя (ст. 801). Конечно, этимъ восполненъ пробѣлъ въ уставѣ, но то же самое могло бы быть сдѣлано и практикою на основаніи ст. 9. Черезъ годъ, закономъ 1 іюля 1868 г. подобное же правило установлено для мировыхъ съѣздовъ, причемъ принятіе просьбъ объ отмѣнѣ рѣшеній возложено на непремѣннаго члена (ст. 189).

Къ числу такихъ же пояснительныхъ законовъ долженъ быть отнесенъ законъ 21 декабря 1887 г., хотя, онъ какъ увидимъ, идетъ нѣсколько далѣе однаго поясненія. Изъ правилъ устава о третейскомъ судѣ мы, въ другомъ мѣстѣ (Учебн. гражд. суд., 1 изд. стр. 215), сдѣлали выводъ, что судомъ этимъ не могутъ быть разрѣшаемы дѣла о недвижимомъ имуществѣ, ибо такимъ путемъ можетъ быть причиненъ ущербъ третьимъ лицамъ и допущенъ переходъ недвижимаго имущества безъ крѣпостнаго акта. Законъ 21 декабря не допускаетъ разрѣшенія третейскимъ судомъ дѣлъ о недвижимомъ имуществѣ, но лишь если лицо, участвующее въ дѣлѣ, ограничено во владѣніи или пользованіи этимъ имуществомъ; въ остальныхъ же случаяхъ хотя третейскимъ судомъ и можетъ быть разрѣшено дѣло о недвижимомъ имуществѣ, но если будетъ усмотрѣно, что рѣшеніемъ устанавливается переходъ права на имущество, то взыскиваются крѣпостныя пошлины. Такъ, что благодаря этому закону, нынѣ уже невозможны такіе случаи, которые происходили прежде благодаря невѣрному толкованію правилъ устава.

Затѣмъ идетъ рядъ законовъ, дополняющихъ частности, детали въ постановленіяхъ устава; закономъ 19 мая 1869 г. дано опредѣленное назначеніе штрафнымъ деньгамъ, взыскиваемымъ со свидѣтелей и свѣдущихъ людей, а именно на содержаніе мѣстъ заключенія (прил. 1 къ ст. 91, прил. ст. 124, 383, 528); двумя законами дополнены правила, касающіяся изложенія и со-

держанія рѣшенія и резолюціи (ст. 121, 123, 701, 711), а именно—закономъ 26 мая 1887 г. предписано: а) излагать рѣшенія съѣздовъ также, какъ излагаются рѣшенія мировыхъ судей, съ добавленіемъ именъ судей и заключенія прокурора; б) включать въ резолюцію окружныхъ судовъ указаніе, не подлежитъ ли рѣшеніе предварительному исполненію и на кого падаютъ судебныя издержки (ст. 701) и в) въ рѣшенія включать указанія на обстоятельства дѣла, не ранѣе, а послѣ соображеній суда, поскольку рѣшеніе на этихъ обстоятельствахъ основано (ст. 711); законъ 15 января 1874 г. предписываетъ столичнымъ съѣздамъ излагать рѣшенія не позже 7 дней со дня объявленія; закономъ 14 апрѣля 1887 г. на судъ уголовный, по дѣламъ о вознагражденіи за убытки, причиненные преступленіемъ, возлагается обязанность по требованію суда гражданскаго высылать подлинное дѣло (ст. 454); наконецъ, двумя законами, а именно—5 февраля 1874 г. и 14 декабря 1886 г., опредѣляется вознагражденіе: первымъ — постороннимъ лицамъ, коимъ порученъ переводъ акта,—въ томъ же размѣрѣ, какъ полагается преподавателямъ языковъ (ст. 540); вторымъ — духовнымъ лицамъ, приглашаемымъ для привода къ присягѣ, въ размѣрѣ одного рубля съ каждаго дѣла (ст. 863[1]).

## III.

Обращаясь къ обзору совершенно новыхъ законоположеній, мы сначала остановимся на тѣхъ изъ нихъ, которыя вовсе не имѣлись въ виду при составленіи устава. Вопросъ о *подсудности* подвергся измѣненію въ томъ смыслѣ, что а) сужена подсудность дѣлъ мировымъ судьямъ тѣмъ, что изъ ихъ вѣдѣнія, закономъ 20 октября 1874 г., изъяты споры о привилегіяхъ на открытія и изобрѣтенія (ст. 31 п. 4), вѣроятно потому соображенію, что разрѣшеніе этихъ споровъ возможно лишь при помощи экспертизы, обращаться къ которой для провинціальныхъ мировыхъ судей чрезвычайно затруднительно; б) закономъ 14 мая 1885 г. восполненъ пробѣлъ въ постановленіяхъ о пререканіяхъ о подсудности, а именно — пререканія между судебными палатами и между судами стараго и новаго устройства разрѣшаются соединеннымъ присутствіемъ перваго и кассаціонныхъ департаментовъ (ст. 236[1]); в) просьбы о разрѣшеніи предъявить искъ объ убыткахъ къ предсѣдателямъ, членамъ и прокурорамъ высшихъ судебныхъ установленій, на основаніи закона 10 іюля 1877 г. подаются также въ соединенное присутствіе, а не въ кассаціонный департаментъ, какъ это было прежде (ст. 1331); г) закономъ 8 декабря 1881 г. установлена особая подсудность исковъ о вознагражденіи за убытки, причиненные должностными лицами, служащими по выборамъ; смотря по должности, занимаемой отвѣтчикомъ, иски эти подсудны кассаціонному департаменту сената, или судебной палатѣ или окружному суду, въ смѣшанномъ съ представителями административнаго вѣдомства составѣ (ст. 1338[1] — 1331[5]). Нѣкоторымъ измѣненіямъ подверглись и постановленія о *доказательствахъ*. Самымъ важнымъ нововведеніемъ въ этой области надо признать внесеніе въ уставъ правилъ объ обезпеченіи доказательствъ. Закономъ 9 іюня 1889 г. отмѣнены законы о судопроизводствѣ въ губерніяхъ Прибалтійскихъ, кромѣ ст. 1806—1814, обращенныхъ изъ мѣстныхъ въ общіе законы и включенныхъ въ уставъ гражданскаго судопроизводства; въ числѣ ихъ и находятся правила объ обезпеченіи доказательствъ. На основаніи этихъ правилъ, лица, имѣющія основанія опасаться, что допросъ свидѣтелей, осмотръ на мѣстѣ и истребованіе заключенія свѣдущихъ людей сдѣлаются впослѣдствіи невозможными или весьма затруднительными, могутъ просить судъ о совершеніи этихъ дѣйствій, хотя бы иска ими еще предъявлено не было. По предъявленіи иска дѣйствія эти совершаются тѣмъ судомъ, которому искъ подсуденъ, а въ слу-

чаяхъ, нетерпящихъ отлагательства, судомъ по мѣсту нахожденія доказательства, но до предъявленія иска они могутъ быть совершены мировымъ судьею и въ тѣхъ случаяхъ, когда искъ по цѣнѣ подсуденъ окружному суду. Просьба о допущеніи обезпеченія доказательствъ можетъ быть разрѣшена и безъ вызова противной стороны, въ случаяхъ, нетерпящихъ отлагательства; вообще же просьба должна быть удовлетворена, хотя бы проситель не въ состояніи былъ назвать своего противника. Опредѣленія суда о допущеніи обезпеченія не подлежатъ обжалованію. Указать во время разбирательства дѣла на неправильности, допущенныя при обезпеченіи доказательствъ, стороны могутъ лишь въ томъ случаѣ, когда они не были вызваны или не получили повѣстокъ о вызовѣ (ст. 29 п. 6, 82[1]—82[8], 369[1]). Законоположенія объ *отдѣльныхъ доказательствахъ* дополнены общимъ постановленіемъ, а именно: вышеупомянутымъ закономъ 9 іюня 1889 г. статья 1866 устава,—по которой лица евангелическаго вѣроисповѣданія, пока они не конфирмованы, допрашиваются въ качествѣ свидѣтелей безъ присяги, — внесена въ ст. 85 и повторена въ ст. 371; кромѣ того, для пяти уѣздовъ Вологодской губ., закономъ 30 марта 1882 г. постановлены слѣдующія особенности: 1) мировымъ судьямъ предписывается признавать жительство на разстояніи болѣе двухсотъ верстъ отъ мѣста допроса уважительною причиною неявки свидѣтеля (ст. 91 пр.) и 2) мировой судья можетъ поручить мѣстному судебному слѣдователю допросъ свидѣтелей и осмотръ на мѣстѣ, причемъ для слѣдователя исполненіе этого порученія обязательно, если эти дѣйствія должны быть произведены на мѣстѣ его постояннаго или временнаго пребыванія (ст. 93 пр., 120 пр.). Относительно послѣдняго правила надо замѣтить, что если подобная реквизація, въ виду разнородности органовъ дающаго и исполняющаго порученіе, въ принципѣ, не можетъ быть одобрена, то оправдывается она какъ исключеніе, вызванное мѣстными особенностями, а именно громадностью мировыхъ участковъ и слѣдовательно затруднительностью исполненія упомянутыхъ дѣйствій самими мировыми судьями. Затѣмъ, правила о *частныхъ производствахъ* дополнены закономъ 10 іюня 1877 г., а именно: просьба объ устраненіи такого числа членовъ судебной палаты или мироваго съѣзда, что не отведенныхъ судей будетъ недостаточно для рѣшенія вопроса объ устраненіи, разсматривается въ соединенномъ присутствіи перваго и кассаціонныхъ департаментовъ сената (ст. 678) Существеннымъ затѣмъ, измѣненіямъ подверглись закономъ 17 января 1878 г. постановленія о *заочномъ производствѣ*. Первоначальныя постановленія по этому предмету давали широкій просторъ злоупотребленіямъ; практика съ ними боролась, изобрѣтала различныя средства для ихъ устраненія, но не только не достигала цѣли, но въ сущности поступала даже противузаконно. Истецъ, которому могли сильно вредить возраженія отвѣтчика, при предъявленіи иска заявлялъ, что ему мѣсто жительства отвѣтчика неизвѣстно; судъ постановлялъ заочное рѣшеніе, о немъ производилась публикація, срокъ отзыва и апелляціи истекали, рѣшеніе вступало въ силу и затѣмъ, по указаніи истцомъ мѣста жительства отвѣтчика, приводилось въ исполненіе. Законъ 17 января имѣетъ цѣлью устранить случаи подобнаго рода, по крайней мѣрѣ по возможности, такъ какъ совершенно ихъ устранить можно только недопущеніемъ предъявлять иски къ отвѣтчикамъ, мѣсто жительства коихъ неизвѣстно истцу—что, конечно, нежелательно. Цѣль закона могла быть достигнута съ одной стороны путемъ расширенія права отвѣтчика требовать уничтоженія рѣшенія, а съ другой тѣмъ, чтобы по возможности оберечь его отъ невыгодъ исполненія, быть можетъ, неправильнаго рѣшенія. Законъ 17 января, съ одной стороны: 1) призналъ за отвѣтчикомъ право на подачу отзыва въ теченіе установленнаго срока со времени дѣйствительнаго полученія *имъ* извѣщенія о состоявшемся рѣшеніи (выписки), а не со времени врученія этого извѣщенія (копіи рѣшенія), какъ было прежде (ст. 728); разница гро-

мадная: „врученнымъ„ считалось извѣщеніе со времени передачи его „домашнимъ“, „сосѣдямъ“, полиціи, такъ что въ руки отвѣтчика оно могло попасть уже по истеченіи срока отзыва; а если срокъ считать съ дѣйствительнаго полученія отвѣтчикомъ извѣщенія, то сколько бы времени между „врученіемъ“ и „дѣйствительнымъ полученіемъ“ не прошло, пропустить срокъ отзыва отвѣтчикъ не можетъ. Мало того 2) на рѣшенія апелляціоннаго суда, постановленныя въ отсутствіи отвѣтчика, по дѣлу, окончившемуся заочнымъ рѣшеніемъ, конечно, нѣтъ отзыва; чтобы не лишать отвѣтчика, неявившагося въ судебную палату, въ случаѣ обжалованія заочнаго рѣшенія, права требовать уничтоженія этого рѣшенія, законъ 17 января призналъ за нимъ право просить о пересмотрѣ рѣшенія, конечно, если онъ можетъ представить существенныя возраженія и не пропуститъ срока, который и тутъ исчисляется со времени не врученія, о „дѣйствительнаго полученія выписки изъ рѣшенія“ (ст. 794, 797 и 805). Что касается возможнаго обезопасенія отвѣтчика отъ невыгодъ исполненія, то законъ 17 января 3) хотя и указываетъ на возможность предварительнаго исполненія рѣшенія (ст. 737), но предоставляетъ свободному усмотрѣнію суда (сразу, конечно, видящаго: не знаетъ-ли истецъ мѣста жительства отвѣтчика или намѣренно его скрываетъ) требовать или не требовать обезпеченія убытковъ, которые могутъ быть причинены отвѣтчику предварительнымъ исполненіемъ (cautio de restituendo) (ст. 738); наконецъ 4) если упомянутое рѣшеніе судебной палаты еще не исполнено, то палата, по просьбѣ отвѣтчика, можетъ пріостановить исполненіе (ст. 514). Для болѣе полнаго достиженія указанной цѣли, законъ 17 января установилъ въ пользу отвѣтчика исключеніе изъ общаго правила устава, по которому явка одного изъ нѣсколькихъ соотвѣтчиковъ заставляетъ судъ постановить состязательное рѣшеніе по отношенію ко всѣмъ имъ; по закону 17 января, когда при явкѣ однихъ отвѣтчиковъ, не явились отвѣтчики мѣсто жительства коихъ не было указано истцемъ, то по отношенію къ нимъ рѣшеніе будетъ заочнымъ и они могутъ воспользоваться всѣми вышеупомянутыми правами (ст. 724). Постановленія, касающіяся *обжалованія* рѣшеній, въ частности кассаціи, измѣнены закономъ 10 іюля 1877 г., имѣвшимъ, между прочимъ, цѣлью ускорить дѣятельность нашего кассаціоннаго суда. Въ этихъ видахъ всѣ поступающія въ кассаціонный департаментъ сената жалобы и просьбы предварительно распредѣляются (но отнюдь не обсуждаются—обсужденіе ихъ при закрытыхъ дверяхъ и въ отсутствіи тяжущихся противно основнымъ началамъ нашего процесса) такимъ образомъ: устраняются жалобы, предъявленныя съ нарушеніемъ формальныхъ условій и въ которыхъ нѣтъ никакихъ указаній на поводы кассаціи; остальныя затѣмъ распредѣляются на дѣла, имѣющія быть разрѣшенными присутствіемъ департаментовъ и дѣла, поступающія въ отдѣленія (ст. 802[1]); въ первое поступаютъ дѣла, по которымъ окажется необходимымъ разъяснить смыслъ закона, во вторыя—всѣ остальныя дѣла (ст. 802[2]). Это распредѣленіе, однако, можетъ быть измѣнено: при слушаніи дѣла въ отдѣленіи, по требованію хотя бы одного сенатора, дѣло должно перейти въ присутствіе департамента (ст. 802[3]), мотивировать свои опредѣленія сенатъ можетъ, если признаетъ это нужнымъ (804[2]).—Правила о *судебныхъ издержкахъ* подверглись измѣненію, въ томъ, что закономъ 23 декабря 1886 г. канцелярскія пошлины удвоены: за переписку съ листа и за печать взимается 40 к., а не 20, какъ было раньше; измѣненіе это вызвано соображеніями финансовой политики, но оно не можетъ быть оправдано съ точки зрѣнія юстиціи, однимъ изъ условій достиженія цѣлей которой является дешевизна судебной процедуры. Въ процессъ *исполненія судебныхъ рѣшеній* внесено нѣсколько весьма раціональныхъ правилъ, а именно: а) закономъ 7 марта 1879 г., ради ускоренія процедуры исполненія, правило устава, по которому взыскатель долженъ былъ сначала просить о выдачѣ исполнительнаго листа, а потомъ, особо, о назначеніи су-

дебнаго пристава, дополнено тѣмъ, что въ тѣхъ случаяхъ, когда рѣшеніе подлежитъ исполненіемъ въ округѣ того суда, которымъ оно постановлено, можно просить одновременно и о томъ и о другомъ (ст. 932), правило же, по которому судебный приставъ *могъ* приступать къ аресту имущества одновременно съ предъявленіемъ должнику повѣстки объ исполненіи, обращено въ правило для него безусловно обязательное: онъ долженъ одновременно съ врученіемъ повѣстки приступить къ аресту (ст. 696). б) Законами 23 іюля и 21 декабря 1871 г. и 20 ноября 1874 г. увеличенъ перечень вещей, ни въ какомъ случаѣ неподвергающихся аресту, а именно: первыми двумя—къ такимъ вещамъ отнесена движимость крестьянъ, признаваемая необходимою въ крестьянскомъ хозяйствѣ (ст. 973 п. 10) и третьимъ—форменная одежда, штатное вооруженіе и строевыя лошади лицъ служилаго состава казачьихъ войскъ (ст. 973 п. 8). Если первое изъ этихъ положеній есть лишь проявленіе милости къ крестьянамъ (ибо „орудія производства" лицъ другихъ сословій подвергаются аресту), то второе вызвано требованіями юридической логики: такъ какъ, по уставу, не подвергаются аресту вещи, необходимыя при отправленіи государственной службы (п. 7), то это положеніе должно быть примѣнено и къ упомянутымъ вещамъ лицъ казачьяго войска. в) Закономъ 9 іюля 1889 г. восполненъ пробѣлъ, заключавшійся въ неизвѣстности куда дѣвать крѣпостныя пошлины, внесенныя покупщикомъ имѣнія съ публичнаго торга вмѣстѣ съ задаткомъ,—въ томъ случаѣ, когда недоплаченная сумма въ срокъ не внесена; по ст. 1176 задатокъ присоединяется къ вырученной суммѣ, а относительно крѣпостныхъ пошлинъ ничего не было сказано, изъ чего выходило, что онѣ должны были быть возвращены путемъ condictio causa data, causa non secuta; упомянутый законъ предписываетъ и ихъ присоединить къ вырученной суммѣ. г) Закономъ 9 іюля 1889 г. установлено весьма раціональное исключеніе изъ общаго правила устава, по которому (правилу) отъ суда зависѣло при подачѣ жалобы на неправильность при исполненіи рѣшенія, пріостанавливать исполненіе, или не пріостанавливать; исключеніе сдѣлано закономъ 9 іюля для жалобъ на неправильность производства торга, если въ нихъ заявлено ходатайство о признаніи торга недѣйствительнымъ; при подачѣ такихъ жалобъ, для суда обязательно остановить исполненіе опредѣленія объ укрѣпленіи имѣнія за покупщикомъ (ст. 205).— Въ дополненіе къ правиламъ объ исполненіи рѣшеній, закономъ 7 марта 1879 г. введены двѣ мѣры: отобраніе подписки о невыѣздѣ изъ мѣстожительства и вызовъ должника на судъ, для дачи объясненій о состояніи его имущества и о возможности удовлетворить взыскателя. Къ первой изъ этихъ мѣръ мы еще вернемся, а пока замѣтимъ, что она можетъ быть принята и до и послѣ постановленія рѣшенія, т.-е. является и мѣрою обезпеченія иска и мѣрою взысканія. И въ томъ и другомъ случаѣ ею болѣе обезпечивается исполнимость рѣшенія. Если эта мѣра имѣетъ нѣкоторое практическое значеніе, то далеко не таково значеніе періодическихъ вызововъ. Вызовы эти, которымъ придается такое же юридическое значеніе, какъ и добровольной явкѣ съ заявленіемъ о состояніи имущества, въ сущности только парализуютъ значеніе подписки, ибо стоитъ должнику быть вызваннымъ или самому явиться, и подписка ему возвращается; независимо отъ этого, взыскателю нѣтъ интереса вызывать недобросовѣстнаго должника или требовать его привода по правиламъ уст. угол. суд.—онъ и безъ того можетъ просить судъ о немедленномъ объявленіи должника несостоятельнымъ (ст. $1222^1$—$1222^{10}$, прил. VI къ ст. 1400 пр. ст. 26, 27). Наконецъ, въ правила объ особенныхъ порядкахъ процесса, а именно—о производствѣ дѣлъ *казенныхъ управленій*, внесено одно измѣненіе, имѣющее принципіальное значеніе: въ случаѣ отсужденія имѣнія, принадлежащаго вѣдомству императорскаго двора, рѣшеніе суда представляется на Высочайшее благоусмотрѣніе, а Высочайшее повелѣніе,

послѣдовавшее на рѣшеніе суда, предлагается министромъ юстиціи непосредственно суду его постановившему (пр. къ ст. 1299).

## IV.

Не мало внесено въ разсматриваемый періодъ и такихъ новыхъ положеній, которыя имѣлись въ виду при составленіи устава, но намѣренно не были внесены въ него. По вопросу *о подсудности* дѣлъ казенныхъ учрежденій, въ уставѣ, въ первоначальномъ его видѣ, не допускалось никакихъ изъятій изъ того правила, что споры о правѣ между частными лицами и казною безусловно изъяты изъ вѣдѣнія мировыхъ судовъ. Закономъ 12 декабря 1872 г. введено, по соображенію удобствъ, одно изъятіе, а именно: иски о вознагражденіи за потраву и другія поврежденія въ казенныхъ имѣніяхъ, цѣною не свыше 500 р., подсудны мировымъ судамъ (ст. 31 п. 2). Относительно *показаній свидѣтелей* составители устава приняли то начало, что общественное положеніе свидѣтеля не даетъ ему никакихъ преимуществъ, закономъ же 29 мая 1869 г. установлено правило, по которому лица, занимающія высшія государственныя должности, могутъ быть, по ихъ просьбѣ, допрашиваемы на дому (ст. 89, п. 4 ст. 386). Въ правила *сокращеннаго производства* закономъ 31 мая 1871 г. внесено одно изъятіе изъ того общаго положенія устава, что дѣла казенныхъ управленій не могутъ быть разсматриваемы этимъ порядкомъ, а именно: дѣла государственнаго банка по векселямъ могутъ производиться сокращеннымъ порядкомъ; это изъятіе вполнѣ справедливо именно по искамъ о векселяхъ; при разсмотрѣніи ихъ примѣненіе правилъ общаго порядка, даже въ случаѣ ихъ предъявленія казеннымъ управленіемъ, совершенно излишне (ст. 1289 пр.). — Закономъ 1 іюля 1868 г. введенъ *кассаціонный залогъ* въ размѣрѣ 10 руб. при подачѣ жалобъ на рѣшенія мировыхъ съѣздовъ и 100 р.— при подачѣ жалобъ на рѣшенія палатъ; при основательности жалобъ залогъ возвращается, а при неосновательности поступаетъ въ казну (ст. 190, 800). Редакторы устава принципіально высказались противъ всякихъ штрафовъ за неправыя жалобы и противъ залога неправой жалобы въ частности, какъ мѣръ безусловно вредныхъ и несправедливыхъ. Введеніе залога закономъ 1 іюля было вызвано большимъ накопленіемъ кассаціонныхъ жалобъ; мотивъ, далеко недостаточный для оправданія такой несправедливой мѣры. Затѣмъ, правила объ обезпеченіи иска закономъ 7 марта 1870 г. были дополнены, какъ сказано выше, положеніями о подпискахъ о невыѣздѣ изъ мѣстожительства, а именно: въ тѣхъ случахъ, когда искъ не былъ вовсе или вполнѣ обезпеченъ, истецъ можетъ просить объ отобраніи отъ отвѣтчика подписки о невыѣздѣ (ст. 652); что конечно до нѣкоторой степени обезпечиваетъ исполнимость рѣшенія. Редакторы устава намѣренно не внесли въ него никакихъ правилъ объ этихъ подпискахъ, признавая эту мѣру не только безполезною для истца, но и слишкомъ стѣснительною для отвѣтчика. Наконецъ, закономъ 10 мая 1871 г. производство въ мировыхъ судахъ обложено какъ *судебною пошлиною*, такъ и *сборами съ бумаги*, хотя и въ меньшемъ размѣрѣ, чѣмъ производство въ окружныхъ судахъ и съ двумя льготами: 1) уплаченные сборы возвращаются при примиреніи и по заявленію сторонъ объ оставленіи прошенія, отзыва или жалобы безъ послѣдствій и 2) отъ сборовъ этихъ освобождаются лица неимущія, безъ формальнаго удостовѣренія ихъ бѣдности (ст. $200^{1}$—$200^{10}$). Составители устава приняли, наоборотъ, правило о безмездности мировой юстиціи, признавъ, что сборы и пошлины эти, давая ничтожную выгоду казнѣ, напрасно затрудняли бы тяжущихся въ обращеніи къ судебному разбирательству.

## V.

Въ заключеніе нельзя не упомянуть о законахъ, отмѣнившихъ два весьма важныхъ института: законами 7 марта 1879 г. отмѣнено *личное задержаніе за долги* и 21 декабря 1887 г. — *третейское право мировыхъ судей*. Не повторяя здѣсь общеизвѣстныхъ доводовъ противъ личнаго задержанія, замѣтимъ, что отмѣну его, какъ общей мѣры, нельзя не признать крупнымъ событіемъ; оставлено оно лишь въ области конкурснаго процесса и примѣняется къ неосторожнымъ несостоятельнымъ должникамъ (пр. къ ст. 1223—1266). Что касается третейскаго права мировыхъ судей, то объ отмѣнѣ его, наоборотъ, нельзя не пожалѣть. Нѣтъ сомнѣнія, что въ практикѣ мировыхъ судей бывали случаи злоупотребленія этимъ правомъ, какъ самими судьями, такъ и сторонами, но случаи эти были единичные. Хотя, строго говоря, эта отмѣна 30 ст. не имѣетъ столь рѣшительнаго значенія, какъ это кажется съ перваго взгляда, ибо законъ 21 декабря предписываетъ „разъяснить, что отмѣною 30 ст. мировой судья не лишается права быть посредникомъ въ разрѣшеніи гражданскихъ споровъ по общимъ правиламъ, установленнымъ для третейскаго суда". Проще было бы, оставивъ ст. 30, упомянуть объ обязательности для мировыхъ судей правилъ третейскаго суда. Благодаря же отмѣнѣ ея, осложнилась формальная сторона: третейское разбирательство у мировыхъ судей уже не можетъ начинаться подачею сторонами прошенія, а должна быть совершена третейская запись, которую, конечно, самъ мировой судья, избранный въ посредники, не можетъ засвидѣтельствовать; стороны должны обратиться съ этимъ къ нотаріусу или другому мировому судьѣ.

Вотъ какимъ измѣненіямъ подвергается нашъ уставъ гражданскаго судопроизводства за истекшую четверть столѣтія. Если нѣкоторыя изъ этихъ измѣненій и не удовлетворяютъ требованіямъ науки и практики, то въ общемъ они таковы, что духъ безсмертнаго акта 20 ноября ими не могъ быть извращенъ—онъ сохранился въ полномъ своемъ величіи...

---

## V.

## По поводу 702 ст. устава гражд. судопр. [1]).

Всѣ современныя законодательства признаютъ за судомъ право, въ дѣлахъ сложныхъ и требующихъ продолжительныхъ совѣщаній, не постановлять резолюціи въ послѣднемъ засѣданіи по дѣлу, а отлагать ея постановленіе до другого засѣданія. Право это имѣетъ, конечно, весьма важное значеніе, какъ гарантія правильности рѣшенія; нѣкоторое замедленіе производства окупается тѣмъ, что судъ постановитъ рѣшеніе, надлежащимъ образомъ обдуманное,— рѣшеніе, являющееся результатомъ всесторонняго обсужденія. Кромѣ незначительнаго замедленія, никакихъ другихъ неудобствъ и невыгодъ для тяжущихся такія отсрочки за собою влечь не должны, и, прежде всего, тяжущимся и лицамъ заинтересованнымъ, благодаря такой отсрочкѣ, не должно быть затруднено ознакомленіе съ резолюціею: она должна быть имъ также

---

[1]) Журн. гр. и уг. права, 1888 г., кн. 5.

доступна, какъ и резолюція, постановленная въ томъ засѣданіи, въ которомъ дѣло ихъ слушалось. Тяжущемуся должно быть извѣстно не только то, что резолюція будетъ постановлена, но и когда она будетъ постановлена. Этотъ вопросъ не имѣетъ особеннаго интереса для тяжущихся лишь по тѣмъ законодательствамъ, которыя не обязываютъ судъ провозглашать резолюціи, но за-то обязываютъ его отсылать копію резолюціи къ тяжущимся. Такое правило принято австрійскимъ уставомъ [1]), подъ вліяніемъ стараго общегерманскаго процесса [2]). Судъ отлагаетъ постановленіе резолюціи быть можетъ на неопредѣленное время, затѣмъ постановляетъ ее и отсылаетъ копію къ сторонамъ; такъ что имъ становятся извѣстными какъ моментъ постановленія, такъ и содержаніе ея. По законодательствамъ же, обязывающимъ судъ провозглашать резолюцію, принимаются мѣры къ тому, чтобы въ случаѣ отсрочки сдѣлать резолюцію доступною тяжущимся. Такъ, по германскому уставу 1877 г., судъ, отлагая постановленіе рѣшенія, объявляетъ сторонамъ, что рѣшеніе *будетъ объявлено въ такой-то день*, причемъ между днемъ засѣданія, въ которомъ объявлено объ отсрочкѣ, и днемъ объявленія рѣшенія не должно пройти болѣе недѣли [3]). Тяжущіеся, присутствующіе въ засѣданіи, слѣдовательно, узнаютъ отъ предсѣдателя когда имъ слѣдуетъ явиться въ судъ для выслушанія резолюціи. Французскій кодексъ не содержитъ въ себѣ столь яснаго и категорическаго правила; въ немъ сказано лишь, что судьи могутъ продолжить разсмотрѣніе дѣла и провозгласить резолюцію въ одномъ изъ послѣдующихъ засѣданій [4]). Правило это менѣе удовлетворительно, чѣмъ германское, въ двухъ отношеніяхъ: 1) не указывается въ точности терминъ, далѣе котораго постановленіе резолюціи не можетъ быть отложено; „одно изъ послѣдующихъ засѣданій“—столь широкое выраженіе, что даетъ суду право отложить дѣло „въ долгій ящикъ“; 2) не указывается, обязанъ ли судъ, отлагая постановленіе резолюціи, объявить сторонамъ когда именно она будетъ постановлена. Французскіе процессуалисты обыкновенно и не останавливаются на этомъ вопросѣ [5]): онъ для нихъ ясенъ; по ихъ мнѣнію, въ этомъ случаѣ имѣется remise [6]), отсрочка, а отсрочка, по существу, предполагаетъ точное обозначеніе термина, когда отсрочиваемое дѣйствіе должно быть совершено [7]). Раутеръ, однако, останавливается на этомъ вопросѣ и категорически заявляетъ, что предсѣдатель долженъ объявить день постановленія резолюціи [8]). Такъ что умолчаніе въ законѣ о необходимости указать день объявленія резолюціи отнюдь не истолковывается въ томъ смыслѣ, что предсѣдатель можетъ ограничиться объявленіемъ, что постановленіе резолюціи отлагаетъ-де до *другого* раза.— Въ нашъ уставъ вошло цѣликомъ правило французскаго кодекса, со всѣми его недостатками. Статья 702 редактирована такимъ образомъ: „по дѣлу сложному или требующему продолжительныхъ совѣщаній, дозволяется отложить постановленіе резолюціи до другого засѣданія, о чемъ предсѣдатель суда объявляетъ публично“. Статья эта возбуждаетъ и возбудила

---

[1]) Allgem. Gerichtsordnung § 250.

[2]) Ср. Endemann. Das d. Civilprocessrecht § *143*, *Renaud* Lehrbuch des gem. d. Civilprocessrechts § 156 и др.

[3]) Civilprocess. Ordnung § 281; слова „sofort anzuberaumenden Termin“ Hellmann, Lehrb. d. Civilprocess. стр. 320 передаетъ такъ: „sofort festzusetzenden Sitzung“—не совсѣмъ точно.

[4]) Code de proc. civ. art. 116.

[5]) Boitard, Leçons d. pr. c. t. I, p. 197, Ronnier, Elements dr. pr. c. p. 97 и др.

[6]) Mourlon, Repetit. ecr. sur. de Code de pr. c. p. 106.

[7]) Мой Учебникъ русск. гражд. суд. стр. 204.

[8]) Rauter, Cours dr. pr. c. p. 247.

въ теоріи и практикѣ два вопроса: что такое „другое засѣданіе“ и обязанъ ли предсѣдатель объявить публично день, когда резолюція будетъ постановлена и провозглашена. К. И. Малышевъ [1]) и мы [2]) не считали нужнымъ останавливаться на этихъ совершенно ясныхъ вопросахъ, но К. П. Побѣдоносцевъ и К. Н. Анненковъ удѣлили имъ нѣкоторое мѣсто. По первому вопросу г. Анненковъ высказался въ томъ смыслѣ, что подъ словомъ: „до *другого* засѣданія“ слѣдуетъ разумѣть — „до другого *ближайшаго* засѣданія“. Мотивируется это мнѣніе тѣмъ, что 1) цѣль 702 ст., указанная въ соображеніяхъ редакторовъ устава (въ изданіи госуд. канцел.), заключается въ предупрежденіи со стороны суда медленности въ постановленіи рѣшенія; цѣль эта можетъ быть достигнута лишь въ томъ случаѣ, когда постановленіе резолюціи будетъ откладываться не до какого-либо засѣданія суда, а именно до ближайшаго; 2) тѣ два или три дня, которые составляютъ промежутокъ между засѣданіями, вполнѣ достаточны для обсужденія каждаго дѣла, какъ бы оно ни было сложно и затруднительно для разрѣшенія [3]). Не можемъ согласиться съ мнѣніемъ почтеннаго комментатора. Подъ „другимъ“ засѣданіемъ слѣдуетъ разумѣть „одно изъ послѣдующихъ“ засѣданій, какъ выражаетъ непосредственный источникъ нашего устава, французскій кодексъ. Затѣмъ, цѣль 702 ст., указанная въ мотивахъ редакторовъ, не совсѣмъ вѣрно понята г. Анненковымъ. Подъ статьею въ изданіи госуд. канцел помѣщены лишь слѣдующія десять словъ: „правило это принято для отвращенія произвольной медленности со стороны суда“. Г. Анненковъ полагаетъ, что мотивъ этотъ, прежде всего, касается времени назначенія новаго засѣданія, а между тѣмъ, не подлежитъ сомнѣнію, что онъ, прежде всего, касается повода, по которому отлагается постановленіе резолюціи: сложности и трудности дѣла; еслибы не было этого правила, то можно было опасаться, что судъ, по разнымъ болѣе или менѣе уважительнымъ поводамъ, отлагалъ бы постановленіе резолюціи— что, конечно, невыгодно отразилось бы на интересахъ тяжущихся. Во избѣжаніе этого, поводы отсрочки точно указаны въ законѣ, а благодаря этому, въ свою очередь, отвращена „произвольная медленность“. Наконецъ, указаніе г. Анненкова на достаточность двухъ-трехъ дней для разрѣшенія самаго сложнаго и труднаго дѣла, едва ли вѣрно. Насъ, теоретиковъ, всегда поражаетъ быстрота въ дѣятельности практиковъ—труднѣйшіе вопросы науки, къ безконечному изумленію теоретиковъ, разрѣшаются практиками съ замѣчательной быстротой. Къ несчастью, конечно, быстрота и правильность рѣшенія не суть понятія, всюду сопровождающія другъ друга... Съ точки зрѣнія теоретика, для разрѣшенія въ коллегіи сложнаго и труднаго дѣла, нужно, по меньшей мѣрѣ, три совѣщанія, съ достаточными, для изученія матеріала, промежутками. Требовать, чтобы эти три совѣщанія происходили въ упомянутые два-три дня, невозможно при той массѣ работы, которая лежитъ на членахъ нашихъ окружныхъ судовъ. Итакъ, намъ кажется, что судъ вправѣ отложить постановленіе резолюціи, какъ сказано во французскомъ кодексѣ, *до одного* изъ послѣдующихъ засѣданій, а не до слѣдующаго, какъ и разъяснено кассац. департ. сената въ рѣшеніи 1876 г. № 588. Конечно, предсѣдатель, памятуя ст. 255 учр. суд. уст., долженъ озаботиться о томъ, чтобы резолюція была постановлена по возможности скорѣе. Въ виду отсутствія указанія въ законѣ на срокъ объявленія резолюціи, какъ это сдѣлано въ германскомъ уставѣ, приходится положиться на тактъ предсѣдателя суда.—По второму вопросу г. Побѣдоносцевъ высказываетъ то положеніе, что „надлежитъ,

---

[1]) Курсъ гражд. судопр. т. I стр. 411.

[2]) Назв. сочин. стр. 305.

[3]) Опытъ комментарія къ уст. гражд. суд. т. IV стр. 36—37.

по возможности, объявлять до какого именно засѣданія отлагается постановленіе резолюціи“ [1]). Положеніе это, согласное съ прямымъ указаніемъ германскаго устава и общимъ смысломъ французскаго кодекса, совершенно правильно, но безъ той ограничительной оговорки „по возможности“, которая сдѣлана г. Побѣдоносцевымъ. Суду не только надлежитъ по возможности, но безусловно обязательно объявить тяжущимся, когда резолюція будетъ постановлена и провозглашена. А между тѣмъ, незаконченность 702 ст. была причиною того, что во многихъ окружныхъ судахъ, по сложнымъ и труднымъ дѣламъ, предсѣдатель только объявляетъ, что постановленіе резолюціи отлагается до другого засѣданія. Такая практика не можетъ быть одобрена. Въ началѣ этой замѣтки я сказалъ, что отсрочка резолюціи не должна затруднять тяжущимся доступъ къ ознакомленію съ нею. Провозглашая резолюцію по отложенному дѣлу въ неизвѣстный для тяжущагося день, судъ не только затрудняетъ этотъ доступъ, но и можетъ быть виновникомъ потери правъ. И дѣйствительно, представимъ себѣ тяжущагося, самолично ведущаго дѣло; ему объявляютъ, что резолюція отложена; онъ уходитъ изъ суда, предполагая, что будетъ извѣщенъ о днѣ постановленія; извѣщенія нѣтъ, какъ нѣтъ; черезъ полгода онъ отправляется въ судъ узнать, когда же резолюція будетъ постановлена — оказывается, что она давно постановлена и объявлена, съ назначеніемъ дня для прочтенія рѣшенія, и рѣшеніе уже вступило въ законную силу—апелляціонный срокъ истекъ. Что тяжущимся, дѣйствительно, представляется, что судъ обязанъ ихъ извѣстить о днѣ объявленія резолюціи, это видно изъ практики. Вопросъ объ этомъ доходилъ до сената, который, въ сущности совершенно правильно, не призналъ такое извѣщеніе для суда обязательнымъ (рѣш. 1869 г. № 966). Тяжущійся потерялъ право, благодаря практикѣ, лишенной всякаго смысла. Мы взяли крайній случай—jus vigilantibus scriptum est,— а потому могутъ быть и другіе: тяжущійся не теряетъ права, а вынужденъ по нѣскольку разъ на недѣлѣ являться въ судъ и справляться; это сопряжено съ потерею времени и средствъ, ничѣмъ невознаградимой. Къ чему же все это сводится? А къ тому, что судъ внушаетъ тяжущемуся мысль, что самому вести дѣло не слѣдъ, а надо нанять адвоката,— мысль, несогласная съ духомъ нашего законодательства, отказавшагося отъ принципа обязательной адвокатуры. Ни затрудненія доступа къ ознакомленію съ рѣшеніемъ, ни причиненія ущерба, ни потери правъ, ни нарушенія принциповъ—ничего бы не было, еслибы суды, въ которыхъ практикуется вышеуказанный пріемъ, ознакомились съ первоисточникомъ нашего устава и его литературою и вообще съ иностранными законодательствами и съ дѣйствительнымъ смысломъ закона, и при объявленіи объ отсрочкѣ упоминали о днѣ постановленія резолюціи. Такое опредѣленіе этого дня никакихъ затрудній представить не можетъ: если резолюція будетъ отложена на недѣлю, на двѣ недѣли, даже на мѣсяцъ, то тяжущіеся отъ этого не пострадаютъ, а такіе промежутки времени достаточны для разрѣшенія сложныхъ и трудныхъ дѣлъ. Вотъ почему второй вопросъ, возбуждаемый 702 статьею, долженъ быть разрѣшенъ такъ, какъ предлагаетъ г. Побѣдоносцевъ, но въ безусловномъ смыслѣ.

---

[1]) Судебное Руководство тез. 418.

## VI.

## О договорномъ представительствѣ въ гражданскомъ судѣ до и послѣ закона 25 мая 1874 года [1]).

Законъ 25 мая 1874 г. о частныхъ повѣренныхъ произвелъ довольно существенныя измѣненія въ вопросѣ о договорномъ представительствѣ въ гражданскомъ судѣ. Измѣненія эти, однако, не вызвали соотвѣтствующихъ кодификаціонныхъ поправокъ—они прошли какъ бы незамѣченными. До 1874 года вопросъ представлялся въ такомъ видѣ: уставъ выставилъ общее правило (ст. 44 и 245), по которому повѣренными на судѣ могли быть какъ присяжные повѣренные, такъ и постороннія лица; изъ этого правила былъ сдѣланъ цѣлый рядъ исключеній, т.-е. перечислены лица, которыя не могутъ быть повѣренными на судѣ, а именно: неграмотные (въ общихъ судебныхъ установленіяхъ), несовершеннолѣтніе, несостоятельные должники, состоящіе подъ опекою, монашествующіе, священнослужители бѣлаго духовенства, учащіеся, чины судебнаго вѣдомства (мировые судьи—лишь въ своемъ округѣ) и лица, опороченныя судебнымъ или общественнымъ приговоромъ (ст. 45 и 246). Однако, изъ этихъ исключеній сдѣлано опять нѣсколько исключеній, т.-е. указано на случаи когда лица, немогущія быть повѣренными вообще, могутъ быть таковыми. Къ этой послѣдней категоріи отнесены: 1) монашествующіе, которые могутъ быть повѣренными по дѣламъ своихъ монастырей и обителей или по порученію монастырскаго начальства; 2) священнослужители бѣлаго духовенства, которые могутъ быть повѣренными по дѣламъ духовнаго вѣдомства, а также женъ и дѣтей своихъ и питомцевъ, находящихся у нихъ на попеченіи; 3) студенты, слушатели, воспитанники и ученики — по дѣламъ своихъ родителей, братьевъ и сестеръ, и 4) чины общихъ судебныхъ установленій — по дѣламъ своихъ родителей, дѣтей, женъ и сестеръ (ст. 45 и 246, пп. 3, 4, 6 и 8). Издается законъ 25 мая 1874 г. Законъ этотъ не только создалъ особый классъ частныхъ повѣренныхъ, онъ создалъ у насъ адвокатскую монополію: исключительное право присяжныхъ и частныхъ повѣренныхъ на веденіе гражданскихъ дѣлъ. Первый пунктъ этого закона (нынѣ ст. $406^1$ учр. суд. уст.) рѣшительнымъ образомъ измѣнилъ вышеупомянутое общее правило о договорномъ представительствѣ; вмѣсто правила, что „постороннія лица“ могутъ быть повѣренными, внесено въ уставъ другое: повѣренными могутъ быть: 1) присяжные и частные повѣренные; 2) лица, указанныя въ ст. 389 учр. суд. уст. т.-е. дѣти, по дѣламъ родителей, родители —по дѣламъ дѣтей, супруги—по дѣламъ супруговъ, лица, имѣющія общую тяжбу—по этой тяжбѣ и управляющіе имѣніями и дѣлами—по дѣламъ лицъ, имѣніями или дѣлами коихъ они управляютъ, и 3) лица, означенныя въ ст. $406^{17}$, т.-е. всякое постороннее лицо не болѣе трехъ разъ въ годъ въ одномъ и томъ же мировомъ округѣ. Не можетъ подлежать сомнѣнію, что это измѣненіе общаго правила оставило по прежнему въ полной силѣ прежнія исключенія—лица, перечисленныя въ ст. 45 и 246 уст. гражд. суд. и при новомъ общемъ правилѣ не могутъ быть повѣренными. Указанная выше въ п. 2 (мы оставляемъ въ сторонѣ пп. 1 и 3) семейная и дѣловая связь между лицами не даетъ имъ безусловнаго права быть повѣренными — если они, при наличности этихъ связей, подходятъ подъ одну изъ категорій, перечисленныхъ въ

[1]) Журн. гр. и уг. права 1890 г., кн. 3.

ст. 45 и 246 уст. гражд. суд., то, конечно, повѣренными быть не могутъ. Сомнѣнія вызываются лишь вышеупомянутыми исключеніями изъ исключеній —сохранили ли они прежнее свое значеніе? Исключеніе изъ исключенія подходитъ подъ общее правило—оно есть ничто иное, какъ ограниченіе предѣловъ исключенія на счетъ общаго правила. Если въ исключеніи перечислены лица, къ которымъ не примѣняется общее правило, то къ лицамъ указаннымъ въ исключеніи изъ исключенія это общее правило должно быть примѣнено. Такъ и въ данномъ случаѣ: до изданія закона 25 мая 1874 г., напр., обучающіеся не могли быть повѣренными, а по дѣламъ своихъ братьевъ и сестеръ — могли, какъ лица, подходящія подъ понятіе „лицъ постороннихъ", упомянутое въ общемъ правилѣ. Затѣмъ, измѣняется общее правило. Конечно, если въ него вошли случаи, указанные въ исключеніи изъ исключенія, то измѣненіе общаго правила не измѣняетъ прежняго положенія вещей. Но главнѣйшій интересъ представляетъ вопросъ: какъ быть съ тѣми исключеніями изъ исключеній изъ прежняго общаго правила, которыя не вошли въ новое и, слѣдовательно, ему противорѣчатъ, и съ тѣми частями новаго правила, которыя не входили въ прежнее исключеніе изъ исключенія. Отвѣтъ только и можетъ быть одинъ: исключеніе изъ исключенія изъ прежняго правила, не вошедшее въ новое, падаетъ само собою и часть новаго правила, не входившая въ прежнія исключенія изъ исключенія, сама собой не обращается въ исключеніе изъ исключенія. Первое изъ этихъ положеній объясняется тѣмъ, что сохраненіе за прежнимъ исключеніемъ изъ исключенія силы таковаго, противорѣчило бы смыслу новаго общаго правила; пришлось бы признать, что исключеніе изъ исключенія не всегда согласно съ общимъ правиломъ — чего быть не можетъ. Законодатель создаетъ данное новое правило, точно опредѣляетъ случаи, подъ него подходящіе, и рядомъ съ ними оставляетъ въ силѣ прежнія исключенія; подводить другіе случаи ни подъ общее правило, ни подъ исключеніе нельзя; а между тѣмъ сохраненіе въ силѣ такихъ исключеній изъ исключеній, которыя не подходятъ подъ общее правило, и будетъ подведеніемъ подъ это правило случаевъ, по прямому указанію закона подъ него не подходящихъ. Такъ, если за лицами, точно опредѣленными въ новомъ общемъ правилѣ, признается извѣстное право, и изъ числа этихъ лицъ нѣкоторыя, по исключенію, обладать этимъ правомъ не могутъ, то лица, которыя по исключенію изъ исключенія изъ прежняго правила могли обладать этимъ правомъ, со времени изданія новаго правила имъ не обладаютъ, потому что не подходятъ подъ категорію лицъ, въ этомъ правилѣ перечисленныхъ. Что касается второго положенія, то оно объясняется тѣмъ, что создавать исключенія, хотя бы изъ исключеній, если таковыя не сдѣланы закономъ, нельзя. Если, съ другой стороны, въ общее правило внесены извѣстные случаи, точно въ немъ опредѣленные, и тоже точно опредѣлены исключенія изъ него, то создавать новыя исключенія изъ этихъ исключеній—значитъ подводить подъ общее правило случаи, въ немъ не указанные; законъ намѣренно ограничиваетъ число этихъ случаевъ и всякое увеличеніе ихъ числа будетъ произволомъ. Если примѣнить изложенныя соображенія къ ст. 379 учр. суд. уст. и 44, 45, 245 и 246 ст. уст. гражд. суд., то мы придемъ къ тому выводу, что нѣкоторыя изъ исключеній, указанныхъ въ ст. 45 и 246 уст. гражд. суд., благодаря измѣненію правила 44 и 245 ст., въ настоящее время должны считаться уже отмѣненными: это именно пп. 4, 6 и 8 ст. 246 и тождественные съ первыми двумя пунктами—3 и 6 ст. 45. Прежде чѣмъ остановиться на этихъ отдѣльныхъ случаяхъ, замѣчу, что я совершенно исключаю изъ круга моего разсмотрѣнія, такъ-называемое, законное представительство, понимая подъ послѣднимъ представительство, по всякому иному, кромѣ договора, основанію (см. мой Учебникъ русск. гражд. суд. 2 изд. стр. 112—113); такъ, въ числѣ исключеній изъ того правила, что повѣренными могутъ быть лица, указанныя въ ст. 389

учр. суд. уст., есть два, изъ которыхъ опять сдѣланы исключенія, но исключенія, касающіяся вовсе не того вида представительства, о которомъ идетъ рѣчь въ общемъ правилѣ. Такъ, не могутъ быть повѣренными монашествующіе и священнослужители бѣлаго духовенства, причемъ, однако, монашествующіе могутъ ходатайствовать по дѣламъ своихъ монастырей и обителей и по порученію монастырскаго начальства, а священнослужителя бѣлаго духовенства—по дѣламъ духовнаго вѣдомства и питомцевъ, находящихся на ихъ попеченіи. Эти случаи—случаи законнаго представительства: эти лица дѣйствуютъ на судѣ или въ качествѣ монастырскаго начальства, или по предписанію монастырскаго или духовнаго начальства, или въ качествѣ опекуновъ. Законъ, дающій этимъ лицамъ право быть представителями на судѣ, конечно, не отмѣненъ измѣненіемъ правила 44 и 245 ст., касающагося договорнаго представительства.

Перехожу къ занимающимъ насъ случаямъ. Выше мы указали на пять категорій лицъ, перечисленныхъ въ ст. 389 учр. суд. уст., вошедшей въ общее правило , по которому лица эти могутъ быть повѣренными а именно: 1) дѣти за родителей, 2) родители за дѣтей, 3) супруги другъ за друга, 4) лица, имѣющія общую тяжбу—другъ за друга и 5) управляющіе имѣніями и дѣлами за своихъ довѣрителей. Эти лица, между прочимъ, не могутъ быть повѣренными, если они: 1) священнослужители бѣлаго духовенства, 2) обучающіеся и 3) чины судебнаго вѣдомства. Изъ этихъ же лицъ могутъ быть повѣренными: 1) священнослужители—по дѣламъ своихъ женъ и дѣтей, 2) обучающіеся по дѣламъ своихъ родителей, братьевъ и сестеръ и 3) чины судебнаго вѣдомства—по дѣламъ своихъ женъ, родителей, дѣтей и сестеръ, производящимся внѣ ихъ мѣста служенія. Изъ этихъ трехъ исключеній изъ исключеній изъ общаго правила, въ виду вышеизложеннаго, сохраняютъ свою силу тѣ, которыя согласны съ общимъ правиломъ, а именно: священнослужители могутъ ходатайствовать по дѣламъ своихъ женъ и дѣтей, обучающіеся—по дѣламъ своихъ родителей и чины судебнаго вѣдомства—по дѣламъ своихъ женъ, родителей и дѣтей; такихъ же исключеній изъ исключеній изъ общаго правила, которыя въ это правило не вошли, а слѣдовательно ему противорѣчатъ, остается два; эти два случая падаютъ сами собой, т.-е. обучающіеся не могутъ быть повѣренными своихъ братьевъ и сестеръ и чины судебнаго мѣста—своихъ сестеръ. Независимо отъ изложенныхъ выше логическихъ соображеній, по которымъ мы пришли къ этому выводу, выводъ этотъ можетъ быть подтвержденъ и слѣдующимъ: 1) предоставленіе обучающимся права быть повѣренными своихъ братьевъ и сестеръ и чинамъ судебнаго вѣдомства—своихъ сестеръ (неизвѣстно почему и не братьевъ?) имѣлъ до закона 1874 г. свое основаніе; прежде, въ виду широкаго общаго правила, можно было быть вообще повѣреннымъ своихъ братьевъ и сестеръ; лишать обучающихся и чиновъ судебнаго вѣдомства этого права признано было нецѣлесообразнымъ; осуществить эту мысль только и можно было установивъ исключеніе изъ исключенія; 2) сохраненіе нынѣ за обучающимися и чинами судебнаго вѣдомства—какъ бы въ принципѣ это ни было разумно и желательно—права быть повѣренными своихъ братьевъ и сестеръ, не можетъ быть допущено уже потому, что это было бы не на чемъ не основаннымъ изъятіемъ; вообще, къ сожалѣнію, нельзя быть повѣреннымъ своихъ братьевъ и сестеръ (объ этомъ въ ст. 389 учр. суд. уст. не упомянуто), а обучающіеся и чины судебнаго вѣдомства могутъ быть таковыми. Едва ли имѣются какія либо специальныя основанія или особенныя личныя условія, по которымъ именно въ пользу этихъ лицъ могло быть установлено исключеніе.—Теперь возьмемъ другую сторону вопроса. Тѣ новыя ограниченія, которыя внесены въ общее правило, не обращаются сами собой въ новыя исключенія изъ исключеній; ограниченія, образующія общее правило, подвергаются новымъ ограниченіямъ, образующимъ

исключеніе. Такъ, всѣ лица, перечисленныя въ ст. 45 и 246 уст. гражд. суд., не могутъ быть повѣренными, хотя бы они и состояли въ семейныхъ или дѣловыхъ отношеніяхъ, дающихъ право быть повѣренными, въ виду общаго правила 44 и 245 ст. уст. гражд. суд. въ частности—ст. 385 учр. суд. уст.; исключеніе составляютъ лишь случаи, прямо указанные въ ст. 45 и 246 и, притомъ, совпадающіе со случаями ст. 44 и 245; другихъ исключеній быть не можетъ. Такъ, несовершеннолѣтніе, неграмотные, лица, состоящія подъ опекою, несостоятельные должники, монашествующіе и опороченные судебнымъ и общественнымъ приговоромъ, очевидно, безусловно не могутъ быть договорными представителями; всякія сомнѣнія относительно этого ограниченія должны быть устранены и по отношенію къ священнослужителямъ бѣлаго духовенства, обучающимся и чинамъ судебнаго вѣдомства; лица эти, какъ мы видѣли, могутъ быть повѣренными: первые—женъ и дѣтей, вторые—родителей, и третьи—женъ, родителей и дѣтей—и только; это расширеніе ихъ правъ не должно идти именно далѣе этихъ предѣловъ; во всѣхъ остальныхъ случаяхъ 389 ст. учр. суд. уст. они уже повѣренными быть не могутъ. Такъ, первые не могутъ быть повѣренными родителей, вторые—женъ и дѣтей, и всѣ три категоріи этихъ лицъ не могутъ быть повѣренными лицъ, съ которыми они имѣютъ общую тяжбу и дѣлами и имѣніями коихъ управляютъ.

Въ виду всего вышеизложеннаго, мы предложили бы слѣдующія, чисто кодификаціонныя, неизмѣняющія мысли законодателя, поправки статей о договорномъ представительствѣ:

Ст. 406[1] учр. суд. уст. По дѣламъ гражданскимъ повѣренными могутъ быть и лица, получившія въ установленномъ статьями 406[2]—406[16] порядкѣ особыя свидѣтельства на право ходатайствовать по чужимъ дѣламъ. Форма такихъ свидѣтельствъ издается министромъ юстиціи.

Ст. 44 уст. гражд. суд. Повѣренными въ мировыхъ судебныхъ установленіяхъ могутъ быть, кромѣ присяжныхъ и частныхъ повѣренныхъ, также лица, указанныя въ ст. 389 и 406[18] учр. суд. уст.

Ст. 245 уст. гражд. суд. Повѣренными въ общихъ судебныхъ установленіяхъ могутъ быть, кромѣ присяжныхъ и частныхъ повѣренныхъ, также лица, указанныя въ ст. 389 учр. суд. уст.

Ст. 49[1] и 246[1] уст. гражд. суд. Монашествующіе могутъ быть повѣренными по дѣламъ своихъ монастырей и обителей и по порученію монастырскаго начальства, а священнослужители бѣлаго духовенства—по дѣламъ духовнаго вѣдомства и за питомцевъ, находящихся на ихъ попеченіи.

Въ ст. 45 и 246 слѣдовало бы выпустить: изъ п. 2—первой и п. 3—второй—все, кромѣ слова „монашествующіе"; изъ п. 3—первой и 4—второй—„за духовное вѣдомство, или" и „а также за питомцевъ, находящихся на ихъ попеченіи"; изъ п. 6 обѣихъ—„или братьевъ и сестеръ" и изъ п. 8—второй—„сестеръ".

Благодаря такому кодификаціонному измѣненію—если невозможно внесеніе въ ст. 389 уст. гражд. суд. правила о томъ, что всякій можетъ быть повѣреннымъ по дѣламъ своихъ братьевъ и сестеръ—устранятся возможныя разномыслія въ практикѣ; одни суды, основываясь на изложенныхъ соображеніяхъ, признаютъ упомянутыя исключенія изъ исключеній изъ ст. 44 и 245 уст. гражд. суд. отпавшими сами собой; другіе, не входя въ обсужденіе вопроса о взаимномъ отношеніи подлежащихъ статей закона и основываясь только на фактѣ существованія въ законѣ этихъ исключеній изъ исключеній, придаютъ имъ и понынѣ безусловно обязательное значеніе. Подобное разномысліе, конечно, вовсе нежелательно; устранить его чисто кодификаціоннымъ путемъ весьма не трудно.

---

## VII.

## О порядкѣ взысканія недоплаченныхъ пошлинъ съ наслѣдствъ [1]).

Во „Временныхъ правилахъ о порядкѣ исчисленія и взиманія пошлинъ съ наслѣдственныхъ имуществъ" 15 іюня 1882 г. весьма ясно и опредѣленно разрѣшенъ вопросъ о томъ, какимъ порядкомъ надлежитъ взыскивать недоплаченныя пошлины. Когда казенная палата усмотритъ, что слѣдующія съ наслѣдственнаго имущества пошлины исчислены въ меньшемъ противъ надлежащаго размѣрѣ, то она составляетъ расчетъ недоплаченной пошлины и препровождаетъ его въ полицейское управленіе; послѣднее препровождаетъ этотъ расчетъ къ наслѣдникамъ, или душеприкащикамъ, по принадлежности; въ случаѣ несогласія этихъ лицъ доплатить недостающую сумму, казенная палата предъявляетъ къ нимъ требованіе въ окружный судъ, который и постановляетъ (частное) опредѣленіе о взысканіи пошлинъ, буде, конечно, признаетъ требованіе законнымъ. На это опредѣленіе суда можетъ быть принесена частная жалоба, конечно, не только наслѣдниками и душеприкащиками но и казенною палатой. (Рѣшеніе гражданскаго кассац. департамента 1887 г. № 72). Въ исполненіе это опредѣленіе приводится на основаніи правилъ, установленныхъ для взысканія податей и другихъ казенныхъ сборовъ (ст. 5—10). Изъ этого видно, что взысканіе недоплаченныхъ пошлинъ производится, хотя и административнымъ порядкомъ, но по предварительной провѣркѣ судомъ основательности требованія. Провѣрка эта производится судомъ на общемъ основаніи: казенная палата является стороною, истцомъ, которому предоставлено и право обжалованія въ частномъ порядкѣ. Частая жалоба, слѣдовательно, можетъ быть подана представителемъ казенной палаты, какъ стороною, участвовавшею въ дѣлѣ.

Несмотря на ясность „Временныхъ Правилъ", сколько намъ извѣстно, нѣкоторыя казенныя палаты практикуютъ такой способъ взысканія недоплаченныхъ пошлинъ съ наслѣдствъ, который противорѣчитъ не только „Временнымъ Правиламъ", но и основнымъ началамъ нашего гражданскаго процесса. Въ случаяхъ подобнаго рода казенная палата, обнаруживъ недоплату пошлинъ, прямо подаетъ въ судебную палату частную жалобу, прося отмѣнить опредѣленіе суда объ утвержденіи въ правахъ наслѣдства и опредѣлить ко взысканію пошлину въ исчисленномъ палатою размѣрѣ. Несогласіе такого способа взысканія съ „Правилами" очевидно изъ вышеизложеннаго, но насколько онъ не мирится съ основными началами гражданскаго процесса видно изъ слѣдующаго: 1) въ данномъ случаѣ; частную жалобу подаетъ такое лицо, которое не участвовало въ дѣлѣ, не было стороною. Уставъ, говоря о тѣхъ случаяхъ, когда возбужденный частный вопросъ, касается *правъ* и жалобщика и лица, довольнаго опредѣленіемъ суда—къ каковымъ случаямъ, съ этой стороны, относится и разсматриваемый—только и допускаетъ принесеніе частной жалобы *стороною*; онъ неоднократно противополагаетъ лицу, приносящему жалобу, „противную сторону" (ст. 726, 728), правъ которой жалоба и касается. У казенной палаты, приносящей жалобу, не было противной стороны, права которой сталкивались бы съ ея правами. 2) Частная жалоба

[1]) Журн. гр. и уг. права 1889 кн. 2.

въ данномъ случаѣ подана отдѣльно отъ апелляціи; между тѣмъ по уставу это возможно только въ указанныхъ въ законѣ случаяхъ. Въ законѣ же не указано, чтобы казенная палата могла подавать отдѣльную частную жалобу; это предоставлено въ дѣлахъ о взиманіи пошлинъ лишь наслѣдникамъ и душеприкащикамъ, а также казенной палатѣ, когда она, какъ мы видѣли выше, фигурировала уже въ окружномъ судѣ въ качествѣ стороны. 3) Частная жалоба, касающаяся правъ стороны, довольной опредѣленіемъ суда, не имѣетъ смысла по такимъ вопросамъ, которые вовсе не возбуждены стороною. Въ дѣлѣ опредѣленія размѣра пошлинъ судъ дѣйствуетъ вполнѣ сомостоятельно; сторона никакихъ требованій не предъявляетъ, она стоитъ совсѣмъ въ сторонѣ. Судъ не провѣряетъ заявленія стороны о размѣрѣ пошлинъ, а самъ установляетъ этотъ размѣръ, какъ органъ финансово-административный. Зачѣмъ-же сторонѣ подчиняться невыгодамъ, связаннымъ съ обжалованіемъ по вопросу, на правильное рѣшеніе котораго судомъ она никакого вліянія оказать не могла?

Противъ этихъ аргументовъ могутъ быть приведены два контръ-аргумента, которые, однако, представляются намъ недостаточно сильными. Могутъ сказать: 1) что казенная палата, дѣйствуетъ въ качествѣ третьяго лица, неучаствовавшаго въ дѣлѣ, въ качествѣ лица „заинтересованнаго" (ст. 663). Это соображеніе неправильно, потому что уставъ ставитъ такія условія участія третьяго лица въ дѣлѣ, которыхъ мы не находимъ въ охранительномъ судопроизводствѣ по утвержденіи въ правахъ наслѣдства. Судопроизводство это одностороннее, а третье лицо, въ виду ст. 663, а) можетъ вступить въ процессъ если его интересъ „зависитъ отъ рѣшенія дѣла въ пользу одной *изъ сторонъ*", и б) можетъ участвовать въ дѣлѣ лишь „совокупно *съ истцомъ или отвѣтчикомъ*". Если и допустить, что третье лицо можетъ подавать частныя жалобы въ спорномъ порядкѣ, то въ порядкѣ охранительномъ, гдѣ нѣтъ сторонъ, оно этого не можетъ. Наконецъ, третье лицо, какъ заинтересованное, не можетъ, какъ въ данномъ случаѣ, предъявлять вполнѣ самостоятельныхъ требованій. 2) Могутъ сказать, что ст. 783, допускающая подачу частной жалобы отдѣльно отъ апелляціи лишь въ указанныхъ въ законѣ случаяхъ, касается спорной юрисдикціи, а не безпорной, охранительной, гдѣ апелляціонное обжалованіе невозможно. Противъ этого надо замѣтить, что нашъ уставъ проводитъ мысль о необходимости указанія въ законѣ на право подачи отдѣльной частной жалобы весьма послѣдовательно и дѣлаетъ на то указанія и относительно охранительнаго судопроизводства (ст. 1405, 1421, 1437, 1445 уст. гражд. суд. $1066^{10}$ 1 ч. X т., 6 Врем. Прав.), смотря на эти жалобы, какъ на нѣчто требующее спеціальнаго указанія въ законѣ.

Въ виду изложенныхъ соображеній, мы признаемъ практику нѣкоторыхъ казенныхъ палатъ несогласною съ закономъ. Мало того, практика эта влечетъ за собою рядъ неудобствъ: 1) для самой казенной палаты: а) приходится начинать сложную судебною процедуру съ безчисленными копіями и повѣстками и другими бумагами, тогда какъ процедура преподанная „Временными Правилами" только въ исключительныхъ случаяхъ, при несогласіи наслѣдниковъ на уплату, приводитъ къ необходимости начать судебное дѣло; б) въ случаѣ признанія судебною палатою опредѣленія суда правильнымъ, казенная палата обязана вознаградить наслѣдниковъ за издержки по дѣлу; 2) для частныхъ лицъ: а) задерживается совершеніе актовъ о наслѣдственномъ имуществѣ до рѣшенія дѣла въ судебной палатѣ и б) въ случаѣ признанія наслѣдниками исчисленія правильнымъ, уплаты недоплаченыхъ пошлинъ и прекращенія дѣла, наслѣдники обязаны вознаградить палату за издержки; ни того, ни другого послѣдствія не наступило бы, если бы примѣнялись „Временныя Правила".

---

# VIII.

# Состязательное начало гражданскаго процесса въ теоріи и въ русскомъ законодательствѣ, преимущественно новѣйшемъ [1]).

## ОТДѢЛЪ I.

## Состязательное начало гражданскаго процесса въ теоріи.

### ГЛАВА I.

#### Общія положенія.

Процессъ слагается изъ суммы дѣйствій суда и тяжущихся, направленныхъ къ одной цѣли—защитѣ права; истецъ заботится о томъ, чтобы при помощи суда было создано то фактическое состояніе, которое соотвѣтствуетъ содержанію права, дѣйствительно или лишь, по его мнѣнію, нарушеннаго отвѣтчикомъ; отвѣтчикъ—о томъ, чтобы отклонить притязанія истца, или, чтобы они не шли далѣе тѣхъ предѣловъ, которыми ограничено совершонное имъ нарушеніе права; судъ—о томъ, чтобы оградить права, интересы обѣихъ сторонъ, чтобы дать истцу возможность осуществить его дѣйствительно нарушенное, констатированное право, а отвѣтчика освободить отъ неосновательныхъ и оградить отъ чрезмѣрныхъ притязаній истца. Истинный мотивъ созданія суда заключается въ равной мѣрѣ какъ въ огражденіи правъ истца, такъ и въ огражденіи правъ отвѣтчика. Судебная защита права есть форма, преемственно-вылившаяся изъ самозащиты права. Самозащита оказалась средствомъ произвольнымъ, противнымъ интересамъ личности нарушителя; для огражденія его права она замѣнена защитой судебной.

Возникаетъ вопросъ: слагается-ли процессъ изъ одинаковаго количества вполнѣ самостоятельныхъ дѣйствій суда и сторонъ, или же вполнѣ самостоятельныя дѣйствія суда преобладаютъ надъ таковыми дѣйствіями сторонъ, или наоборотъ? (Подъ полною самостоятельностью дѣйствія здѣсь, конечно, слѣдуетъ понимать какъ иниціативу въ совершеніи его, такъ и самое совершеніе). Едва ли требуется доказывать, что вопросъ этотъ даетъ полный просторъ субъективности воззрѣній, разнообразя взгляды законодательствъ различныхъ народовъ или того же народа въ разное время, и вызывая чрезвычайное разнообразіе воззрѣній въ теоріи.

Судъ есть органъ пласти государственной; воззрѣнія народа на характеръ власти вообще и на отношеніе ея къ членамъ государства отражаются и на дѣятельности суда. Въ обществѣ, въ которомъ члены его пользуются свободою въ широкихъ размѣрахъ, гдѣ самодѣятельность ихъ не стѣснена, гдѣ власть государственная лишь направляетъ потоки народной жизни, тамъ и въ гражданскомъ процессѣ замѣтно сильное преобла-

[1]) 1879 г.

даніе самостоятельности дѣйствій тяжущихся сравнительно съ характеромъ дѣятельности суда. Наоборотъ, гдѣ члены общества считаются несовершеннолѣтними, гдѣ свобода ихъ чрезмѣрно ограничена, гдѣ власть государственная выражается въ видѣ всюду проникающаго вмѣшательства, въ видѣ тщательно оберегающей опеки, — тамъ и самодѣятельность сторонъ крайне стѣснена. Оно и понятно; если власть—опека, то судья, какъ органъ ея—опекунъ тяжущихся, т.-е. представитель ихъ интересовъ. Для наилучшаго исполненія этой своей обязанности онъ вступаетъ съ ними въ близкія сношенія, помогаетъ имъ въ обоснованіи и доказываніи ихъ притязаній [1]) и т. д. Подтвержденіемъ этого можетъ служить, съ одной стороны, прусскій уставъ гражданскаго судопроизводства 1793 года, съ другой—французскій кодексъ гражданскаго судопроизводства. Первый какъ нельзя болѣе гармонируетъ съ представленіемъ XVIII вѣка о характерѣ государственной власти, какъ власти опекунской, что и отразилось въ смыслѣ слишкомъ высокой степени самостоятельности въ дѣятельности суда [2]). Второй — этотъ трудъ свободно вздохнувшей Франціи,сбросившей съ себя вѣковыя цѣпи рабства,—напротивъ проникнутъ началомъ рѣшительнаго преобладанія самостоятельности сторонъ [3]). Что касается теоріи, то контраверзами по упомянутому вопросу она еще весьма богата. Одно лишь положеніе можно считать установившимся въ настоящее время: въ общемъ, въ принципѣ въ гражданскомъ процессѣ самостоятельность сторонъ должна быть преобладающею надъ самостоятельностью суда. Это положеніе стоитъ, такъ сказать, на реальной почвѣ, ибо никогда и нигдѣ не было такой организаціи гражданскаго процесса, при которомъ бы дѣятельность суда (какъ въ уголовномъ процессѣ) стояла на первомъ планѣ, а стороны занимали пассивное положеніе. Ужъ на что упомянутый прусскій уставъ, но и въ немъ самостоятельность суда лишь преобладаетъ надъ самостоятельностью сторонъ, но о пассивномъ положеніи послѣднихъ отнюдь не можетъ быть и рѣчи; но насколько допустимы въ томъ или въ другомъ частномъ случаѣ уклоненія въ обратную сторону— это ученые рѣшаютъ различно. Причина этого коренится отчасти въ различіи пониманія того или другаго процессуальнаго акта, отчасти въ соображеніяхъ практическихъ, отчасти въ привязанности того или другого ученаго къ данному законодательству, проникнутому тѣмъ или другимъ началомъ. Ниже мы будемъ имѣть случай коснуться этихъ контраверзъ. Характеръ процесса, въ которомъ замѣтна большая самостоятельность въ дѣятельности сторонъ сравнительно съ дѣятельностью суда,—названъ *обвинительнымъ* или *состязательнымъ*; крайній, противуположный характеръ процесса названъ слѣдственнымъ.

Прежде, чѣмъ перейти къ очерку общаго ученія, я позволю себѣ указать на общепризнанную нынѣ научную негодность термина *обвинительный характеръ* [4]) и на замѣну его терминомъ *состязательное начало*. Точная терминологія имѣетъ громадное значеніе для теоріи. Теорія имѣетъ дѣло съ началами, лежащими въ основѣ ея ученій. Изучая процессъ, для нея важнѣе всего вопросъ: на какихъ началахъ онъ построенъ, какими началами проникнутъ. Если сказать, что данному процессу присущъ обвинительный характеръ, то изъ

---

[1]) Первый указалъ на это явленіе Gans, Beiträge zur Revision der Preussischen Gesetzgebung въ статьѣ Ueber die Untersuchungsmaxime des Preussischen Civilprocesses (трудъ, напрасно игнорируемый нѣмецкими учеными).

[2]) Gärtner, Kritik der Untersuchungmaxime des Pr. Civilprocesses стр. 20.

[3]) Mittermayer, Der ord. bürg. d. Process, B. 1 S. 120. Leonhard, Civilpr. des K. Hannov. S. 4, 5. Zink, Ermittelung. des Sachverhalts S. 372.

[4]) Въ старыхъ, преимущественно историческихъ трудахъ, можно найти этотъ терминъ.

этого еще нельзя вывести заключенія, что онъ построенъ на началѣ обвинительномъ; данный процессъ можетъ быть или, вѣрнѣе сказать, всякій гражданскій процессъ долженъ быть построенъ на обвинительномъ началѣ и въ тоже время ему можетъ быть присущъ слѣдственный характеръ (примѣромъ чему служитъ прусскій уставъ). Далѣе, терминомъ *обвинительный* нисколько не характеризуется та особенность процесса, въ силу которой дѣятельность сторонъ преобладаетъ надъ дѣятельностью суда; моментъ обвиненія одинаково присущъ и обвинительному, и слѣдственному процессу; въ первомъ случаѣ истецъ обвиняетъ одинъ, во второмъ вкупѣ съ судомъ. Особенно неудобно говорить у насъ теперь объ обвиненіи въ области гражданскаго процесса, когда по уставу 1864 года это выраженіе отнесено въ область процесса уголовнаго (обвинительная власть, обвинительный актъ). Всего лучше говорить о состязательномъ началѣ процесса, хотя, съ другой стороны, термина *обвинительный* не избѣжать въ теоріи гражданскаго процесса, напримѣръ — обвинительное рѣшеніе, притязаніе на обвиненіе и т. д. Хотя термину *состязательное начало* и слѣдуетъ отдать предпочтеніе, но и противъ него можно возразить: 1) одно изъ главныхъ положеній, въ которомъ это начало выражается, касается того момента процесса, который предшествуетъ „состязанію", а именно — вчинанія иска; инпціатива его въ силу состязательнаго начала, принадлежитъ истцу; 2) предѣлы рѣшенія опредѣляются не всегда требованіями, выясненными при состязаніи сторонъ: при заочномъ производствѣ нѣтъ состязанія, а между тѣмъ, къ нему примѣняется состязательное начало; напр., судья рѣшаетъ дѣло согласно констатированнымъ фактамъ, не предъявляя отъ себя ни фактовъ, обосновывающихъ притязанія истца, ни доказательствъ. Несмотря на то, мы считаемъ болѣе удобнымъ употреблять этотъ терминъ, имѣя въ виду, что онъ установился въ германской наукѣ съ начала нынѣшняго столѣтія, и у насъ съ начала нынѣшняго десятилѣтія [1]).

Состязательное начало, впервые названное такъ Геннеромъ [2]), есть начало личной автономіи тяжущихся въ гражданскомъ процессѣ. Обыкновенно оно опредѣляется, какъ начало, въ силу котораго отъ заявленій сторонъ зависитъ, *чтобы* судья дѣйствовалъ и *какъ бы* онъ дѣйствовалъ [3]); такъ что тяжущійся является полнымъ господиномъ процесса [4]), судья же занимаетъ объективное положеніе [5]). Это начало личной автономіи тяжущихся, начало инпціативы и самостоятельности ихъ въ процессѣ вытекаетъ изъ самаго существа гражданскихъ правъ, къ защитѣ которыхъ направлена дѣятельность судьи [6]). Въ существѣ гражданскаго права лежатъ двѣ характеристическія черты: произвольность ихъ и исключительность. Первая заключается въ томъ, что никто не принуждается пользоваться или не пользоваться своимъ правомъ, пользоваться имъ такъ, или иначе. Вторая заключается въ томъ, что только обладатель права можетъ пользоваться своимъ правомъ; никто

---

[1]) Современные наши процессуалисты всѣ употребляютъ этотъ терминъ. См. Пахманъ, Курсъ гражд. суд. лекціи (1871 — 72 г.), Побѣдоносцевъ, Судебное руководство, Малышевъ, Курсъ гражд. суд., Малининъ, Суд. признаніе и Убѣжд. судьи, Миловидовъ, Законная сила судебн. рѣшеній и др.

[2]) Gönner, Handbuch d. deut. gem. Proc. B. 1. S. 192.

[3]) Wetzell, System des ord. Civilprocesses S. 517 (3-е изд.).

[4]) Schmid, Der bayrische Civilpr. B. 1. S. 472.

[5]) Bayer, Vortr. über d. gem. ord. Civilp. S. 33.

[6]) Bar, Civilproc. y Holzendorf'a S. 562, Osterloh, Lehrb. d. gem deutsch. Civilp. B. 1. S. 49. Wetzell, н. с. стр. 517, Малышевъ, н. с. т. 1 стр. 357 и др. См. также мою вступ. лекцію Объ отношеніи гражд. судопроизв. къ гражд. праву въ этомъ сборн. стр. 237—240.

другой, безъ его полномочія, этого не можетъ; если право перенесено на другое лицо, то только послѣднее и можетъ имъ пользоваться. Какъ же связать логически эти черты съ процессуальными дѣйствіями тяжущихся? Процессъ есть одна изъ формъ осуществленія права [1]); особенность ея заключается въ двухъ признакахъ, во-1-хъ въ томъ, что осуществляемое право — есть право, подвергшееся нарушенію; во-2-хъ въ томъ, что осуществленіе это совершается при содѣйствіи суда. Если намъ удастся доказать, что эти двѣ особенности не измѣняютъ существа осуществляемаго права, то очевидно всѣ дѣйствія сторонъ, направленныя къ этому осуществленію, должны заключать въ себѣ черты, присущія осуществляемому праву. Право, подвергшись нарушенію, этимъ самымъ не измѣняется, а остается тѣмъ же правомъ [2]), нарушеніе права есть лишь поводъ къ иску (пассивное основаніе), поводъ къ осуществленію того же самаго права при содѣйствіи суда; искъ не придатокъ права, а (въ матеріальномъ смыслѣ) тоже право, готовое, благодаря нарушенію, къ осуществленію,—это право, принявшее воинственный видъ, готовое къ борьбѣ, къ насильственному созданію того фактическаго состоянія, которое соотвѣтствуетъ его содержанію. Черезъ нарушеніе праву дается поводъ отстоять свое существованіе и въ тѣхъ случаяхъ, когда до нарушенія нарушитель неизвѣстенъ; послѣ того лицо его опредѣляется. Это очевидно при нарушеніи относительныхъ правъ, напр., правъ обязательственныхъ; но тоже самое мы видимъ и при нарушеніи абсолютныхъ правъ, напр., право собственности; лишь послѣ нарушенія его противникъ становится опредѣленнымъ. Я этимъ хочу сказать, что право, оставшись послѣ нарушенія тѣмъ же, чѣмъ было до того, принимаетъ лишь лично опредѣленное направленіе. Далѣе, то, что осущественіе права происходитъ при содѣйствіи суда, тоже не касается его существа; судъ не создаетъ правъ, онъ защищаетъ лишь существующія права. Actio indicati есть право осуществить данное право, констатированное, признанное судомъ; это право не новое, но тоже самое, лишь принявшее болѣе прочную позицію, болѣе твердое положеніе; напр., право на отданную въ займы сумму остается тѣмъ же правомъ послѣ признанія его судомъ. Такъ что ни то обстоятельство, что данное право нарушено, ни то, что оно осуществляется судомъ, не оказывается вліяніе на его существо. А если такъ, то во всѣхъ дѣйствіяхъ тяжущихся, связанныхъ съ осуществленіемъ права, дѣйствіяхъ связанныхъ съ пользованіемъ даннымъ правомъ должны отразиться начала произвольности и исключительности. Предъявить искъ или не предъявить, т.-е. просить о содѣйствіи ради осуществленія права — дѣло управомоченнаго, никто его къ тому не принуждаетъ, никто за него этого сдѣлать не можетъ; предъявить то или другое доказательство, т.-е. убѣдить судъ въ необходимости оказать содѣйствіе при осуществленіи права — дѣло стороны; предъявить то или другое возраженіе ради обезсиленія заявленія противника — дѣло стороны; предѣлы рѣшенія суда опредѣляются состязаніемъ сторонъ, т.-е. тѣми обстоятельствами, которыя приводятся сторонами, или же одностороннимъ доказаннымъ заявленіемъ управомоченнаго; управомоченный опредѣляетъ объективный максимальный предѣлъ рѣшенія,— это его дѣло; никто, а слѣдовательно и судъ, не можетъ принудить его къ осуществленію права, въ большемъ объемѣ, чѣмъ онъ того желаетъ; никто не можетъ этого сдѣлать и за него безъ его согласія; наконецъ исполненіе рѣшенія во власти лица, въ пользу котораго оно постановлено, т.-е. оно можетъ просить судъ о дѣйствительномъ осуществленіи констатированнаго права или же можетъ этого не дѣлать. Послѣ этого мы въ правѣ сказать, что начало состязательное,

---

[1]) Wetzel, н. с. стр. 2.

[2]) Unger, Syst. d. öster. Privats. B. 2. S. 353 и слѣд.

начало личной автономіи тяжущихся вытекаетъ изъ существа гражданскихъ правъ. Для большей доказательности этого положенія позволю себѣ указать на тѣ послѣдствія, которыя наступили бы для осуществляемаго гражданскаго права, еслибы отдѣльныя процессуальныя дѣйствія сторонъ были лишены характера произвольности и исключительности. Мы взяли пять главнѣйшихъ моментовъ процесса: предъявленіе иска, предъявленіе возраженій, доказываніе, опредѣленіе объема рѣшенія и исполненіе рѣшенія. Что стало бы съ правомъ, осуществленія котораго добивается истецъ, если бы его принудили вчинить искъ, или еслибы помимо его желанія былъ вчиненъ искъ другимъ лицомъ (судомъ или лицомъ постороннимъ)? Въ первомъ случаѣ принужденіе осталось бы безъ послѣдствій, не достигло бы своей цѣли. Принудьте истца продѣлать всѣ процессуальныя дѣйствія и онъ, если не желаетъ воспользоваться своимъ правомъ, не воспользуется имъ даже въ конечномъ актѣ судебнаго осуществленія права, при исполненіи судебнаго рѣшенія; онъ можетъ продѣлать все, что прикажете, и все-таки, если желаетъ возвратить вещь, отобранную у отвѣтчика въ силу судебнаго рѣшенія и перешедшую къ нему, то воспрепятствовать ему нельзя; да и самое вчинаніе иска и дѣйствія, слѣдующія за нимъ, суть дѣйствія такого характера, что совершенія ихъ не вынудить; да и чего ради вынуждать? Кромѣ самого управомоченнаго заинтересованъ ли кто въ осуществленіи его права? Кому какое дѣло до того, получитъ ли А свой долгъ съ В. Никому дѣла нѣтъ до того, тѣмъ болѣе, что А не желаетъ этого полученія. Далѣе, кто можетъ за управомоченнаго вчинить искъ безъ его согласія? Частное лицо?—Никогда; это ужъ не осуществленіе права, а нарушеніе его... Вчинивъ искъ за другого безъ его вѣдома, лицо посягаетъ на чужое право, защищаемое искомъ. Можетъ быть судъ самъ можетъ начать дѣло? Тоже нѣтъ; судъ—органъ государственной власти; дѣятельность его установлена закономъ, опредѣляется государственнымъ интересомъ, въ дѣлахъ же гражданскихъ замѣшанъ одинъ частный личный интересъ, да и съ какой стати суду начинать дѣло, если частное лицо и не желаетъ воспользоваться своимъ правомъ? Я ужъ не говорю о невозможности со стороны суда начинать дѣло, но еслибы онъ задался такой задачей, то ему пришлось бы вторгнуться безъ причины и повода въ сферу сокровенныхъ частныхъ отношеній и интересовъ лица, пришлось бы къ каждому частному лицу приставить сыщика, которому лицо было бы обязано подъ страхомъ наказанія сообщать всѣ свои дѣла. Къ чему, далѣе, приведетъ лишеніе акта предъявленія возраженій характера произвольности и исключительности? Всего нагляднѣе это видно на предъявленіи того косвеннаго возраженія, которое называютъ *встрѣчнымъ искомъ*; къ нему относится все вышесказанное; но оно же относится и ко всякому другому возраженію, ибо reus excipiendo actor fit, и все сказанное объ истцѣ примѣняется и къ отвѣтчику. Возраженія отвѣтчика суть, какъ и заявленіе истца, средства защиты его права [1]). Притязанія истца могутъ переступить предѣлы его дѣйствительнаго права и тѣмъ нарушить права отвѣтчика: въ охраненіе правъ, ему дозволительны всѣ тѣ дѣйствія, которыя дозволяются истцу; нарушенное послѣднимъ право отвѣтчика есть его гражданское право, сохраняющее всѣ свои существенные признаки. Это понятно, ибо на судѣ идетъ рѣчь о гражданскомъ правѣ; истецъ указываетъ на предѣлъ нарушеннаго отвѣтчикомъ права, напр., на то. что право его простиралось на 100 рублей; отвѣтчикъ возражаетъ, что цифра эта чрезмѣрна велика, что онъ долженъ 50 рублей, чѣмъ и говоритъ, что истецъ, требуя 100 рублей вмѣсто 50 руб., вторгается въ сферу имущественныхъ отношеній его, отвѣтчика, посягаетъ на его отвѣтчиковы 50 рублей. Отсюда видно, что отвѣтчикъ защищаетъ свое част-

---

[1]) Unger, н. с. стр. 494.

ное право. Присущія этому праву черты, конечно, отражаются и на дѣятельности отвѣтчика, направленной къ защитѣ этого права. Отъ отрицанія этого характера дѣятельности отвѣтьика можно ожидать тѣхъ же послѣдствій, какія мы видѣли, говоря о предъявленіи иска. Хочетъ отвѣтчикъ воспользоваться своимъ правомъ или нѣтъ, — это его дѣло. Возможно ли предположить, что интересы отвѣтчика пострадаютъ отъ принужденія къ возраженію или вообще отъ вмѣшательства суда? Отъ принужденія, очевидно, да, пострадаютъ, вѣдь онъ не предъявлялъ возраженій, слѣдовательно имѣетъ же какія-нибудь основанія, а какія онъ имѣетъ основанія — до этого никому дѣла нѣтъ. Сомнительнымъ можетъ показаться нарушеніе интересовъ отвѣтчика вмѣшательствомъ суда; можетъ показаться страннымъ, какъ же интересы отвѣтчика страдаютъ, если судъ за него предъявитъ возраженія, напр. укажетъ на прекращеніе иска давностью. Подробнѣе объ этомъ мы побесѣдуемъ ниже; теперь же для насъ важенъ одинъ вопросъ: насколько лишеніе акта предъявленія возраженія признака исключительности, въ случаѣ возбужденія вопроса о давности можетъ дурно отразиться на правѣ, осуществляемомъ сторонами. Въ нѣкоторыхъ, хотя можетъ быть рѣдкихъ случаяхъ такое непрошенное вмѣшательство можетъ поразить какъ юридическій интересъ истца, такъ и юридическій интересъ отвѣтчика. Положимъ судъ возбудилъ этотъ вопросъ; доказательствъ нѣтъ на лицо, производство пріостанавливается, пріостановка же эта можетъ принести невознаградимую невыгоду, какъ истцу, такъ и отвѣтчику; истцу, напр., тѣмъ, что имущественное положеніе отвѣтчика можетъ измѣниться къ худшему; отвѣтчику же напр.—потерею доказательства (смерть свидѣтеля). Все это можетъ наступить даже въ томъ случаѣ, когда отвѣтчикъ зналъ, что доказать истеченіе давностнаго срока долга рѣшительно невозможно, т.-е. онъ намѣренно, въ виду этой невозможности, не представлялъ давностнаго возраженія. Съ другой стороны, можно представить себѣ такой случай: отвѣтчикъ настолько нравственный человѣкъ, что признаетъ свое естественное обязательство — уплатить долгъ, несмотря на истеченіе давности; а въ процессуальное отношеніе онъ вступилъ, имѣя тѣ или другія частныя возраженія и намѣренно не хотѣлъ возбуждать вопроса о давности. Недовѣріе суда къ сознанію тяжущихся своихъ интересовъ должно имѣть свои предѣлы.—Что касается произвольности и исключительности акта доказыванія, то и тутъ отрицаніе за этимъ актомъ таковыхъ качествъ равносильно отрицанію произвольности и исключительности самыхъ правъ. Доказываніе есть приведеніе данныхъ въ пользу, въ интересѣ осуществляемаго права. О принужденіи послѣ вышесказаннаго уже нечего говорить; скажемъ нѣсколько словъ о вмѣшательствѣ. Непредъявленіе извѣстнаго доказательства стороною всегда имѣетъ свою причину; кто, какъ не сторона, заинтересованъ въ этомъ? Было, однако, высказано извѣстнымъ пессимистомъ Цинкомъ [1]) мнѣніе что и судъ можетъ собирать доказательства и что кѣмъ бы доказательство не было приведено, хоть и судомъ, оно всегда на руку тяжущимся, всегда въ ихъ интересахъ, что предположеніе противнаго далеко отъ жизненной правды. Съ этимъ нельзя согласиться. Могутъ быть случаи, когда непрошенное вмѣшательство суда въ актъ доказыванія противно интересамъ сторонъ, какъ, напр., при нежеланіи истца, чтобы было предъявлено компромитирующее его по другимъ обстоятельствамъ письмо отвѣтчика, въ которомъ тотъ, между прочимъ, признаетъ спорный фактъ; или, напр., при нежеланіи стороны при-

---

[1]) Zink. н. с. стр. 360; трудъ, какъ кажется, чрезмѣрно превознесенный Аренсомъ въ его Naturrecht B. 2 I. 444 и въ очеркѣ Recht u. Rechtswissenschaft у Holzendorf'a стр. 66. Если сочиненіе Цинка и не „epochemachendes Werk“, то во всякомъ случаѣ трудъ, достойный вниманія, благодаря отрицательно-критическому отношенію къ предмету.

влекать даннаго свидѣтеля, въ виду-ли незнанія имъ обстоятельствъ дѣла, или же въ виду наличности такихъ данныхъ, которыя даютъ сторонѣ основаніе усомниться въ пользѣ, если не убѣдиться во вредѣ, привлеченія этого свидѣтеля и т. д. Право стороны отклонять доказательства, предъявленныя судомъ, о которомъ далѣе говоритъ Цинкъ, смягчая высказанное имъ положеніе, лишь указываетъ на шаткость его воззрѣній. Одно изъ двухъ: или судъ стремится къ достиженію объективной истины, какъ въ уголовномъ процессѣ, или къ достиженію субъективной истины, какъ въ гражданскомъ процессѣ. Въ первомъ случаѣ онъ долженъ собирать доказательства, а тяжущіеся должны стоять въ сторонѣ; во второмъ случаѣ, тяжущіеся собираютъ доказательства, а онъ стоитъ въ сторонѣ. Тутъ нѣтъ середины, какъ нѣтъ истины полуобъективной, полусубъективной. Далѣе, къ чему бы привело опредѣленіе не сторонами, а судомъ предѣловъ рѣшенія? Отвѣтъ на этотъ вопросъ мы изложили, говоря о послѣдствіяхъ лишенія акта предъявленія иска характера произвольности и исключительности. Въ томъ пунктѣ, который насъ теперь занимаетъ, важно то, что цѣль такого съуженія автономіи личности тяжущихся была бы не достигнута: судъ присудилъ бы больше или не то, о чемъ истецъ проситъ, а истецъ, не желая этого, все-таки фактически настоялъ бы на своемъ желаніи. На этомъ именно случаѣ мы можемъ воочію убѣдиться въ томъ, что существенныя черты гражданскихъ правъ отражаются всецѣло на актахъ судебнаго осуществленія права. То-же слѣдуетъ сказать и о фактѣ исполненія рѣшенія; принудить лицо къ подачѣ просьбы объ исполненіи его невозможно, сдѣлать это за него безполезно; если истецъ этого не желаетъ, то по окончаніи процесса исполненія, онъ возстановитъ то фактическое состояніе, которое предшествовало принудительному исполненію рѣшенія.—Этого бѣглаго очерка совершенно достаточно для установленія того положенія, что начало личной автономіи тяжущихся, начало состязательное вытекаетъ изъ существа гражданскихъ правъ. Абсолютное проведеніе состязательнаго начала въ кодексѣ, очевидно, должно имѣть то послѣдствіе, что судья будетъ нѣмымъ и неподвижнымъ свидѣтелемъ того, что происходитъ передъ его глазами: приступая къ выполненію этой роли по просьбѣ стороны, онъ молча выслушиваетъ все, что ему говорятъ тяжущіеся, взвѣшивая, насколько данныя доказательства дѣйствительно доказываютъ то, что говорятъ тяжущіеся, и постановляетъ рѣшеніе, оканчивая свою роль дачею приказа (по просьбѣ стороны) о приведеніи рѣшенія въ исполненіе. Доведенное въ примѣненіи своемъ до такой крайности, состязательное начало въ смыслѣ безусловнаго принципа, *во-первыхъ*, заставило ученыхъ, принявшихъ его какъ основное начало, не только допустить рядъ исключеній въ примѣненіи, но и выдѣлить тѣ акты суда, которые онъ совершаетъ ради выполненія своей задачи и въ которыхъ является вполнѣ самостоятельнымъ, независимымъ отъ воли сторонъ. Но объ этомъ рѣчь впереди. *Во-вторыхъ*, оно нашло себѣ крайнихъ порицателей. Можетъ показаться, что образовалось два противныхъ лагеря между учеными: одни—признающіе, другіе—отрицающіе состязательное начало, причемъ послѣдніе будто-бы выставили, какъ начало гражданскаго процесса,—начало слѣдственное. На самомъ дѣлѣ это не совсѣмъ такъ. Начало личной автономіи настолько связано съ существомъ гражданскихъ правъ, что гражданскій процессъ ни кѣмъ до сихъ поръ не строился на началѣ слѣдственномъ. Разногласіе между учеными касается лишь частностей. Всѣ они признаютъ личную автономію тяжущихся, называя ее иногда Dispositionsrecht сторонъ; спорятъ лишь о предѣлахъ самодѣятельности суда и сторонъ, т.-е. насколько и въ какихъ случаяхъ можно допустить исключеніе изъ начала самостоятельности сторонъ, насколько возможно или невозможно уклоненіе въ сторону обратную началу автономіи тяжущихся. Порицатели состязательнаго начала въ крайнемъ его проявленіи борются именно

противъ крайностей; они признаютъ, что импульсъ къ дѣятельности суда долженъ исходить отъ стороны, но импульсъ къ дѣятельности вообще, а не къ каждому отдѣльному процессуальному акту. Такъ Геннеръ [1]) и Цинкъ [2]) выводятъ изъ факта обращенія истца къ суду, изъ факта вчинанія иска (что вполнѣ зависитъ отъ произвола лица) то предположеніе, что обращающійся къ суду истецъ желаетъ, чтобы судъ дѣйствовалъ въ данномъ направленіи; и какъ бы судъ сильно не вмѣшивался въ процессъ, какъ бы онъ сильно не вліялъ на ходъ процесса, все это дѣлается имъ въ силу разъ заявленнаго желанія истца. Пухта [3]) говоритъ почти то-же самое, иллюстрируя свою аргументацію примѣромъ: истецъ, говоритъ онъ, прося о защитѣ права, хочетъ тѣмъ сказать, что желаетъ довести дѣло до конца и что судъ можетъ принять всякія къ тому мѣры; то-же самое,—говоритъ онъ,—мы видимъ на слѣдующемъ примѣрѣ; дабы ударъ по билліардному шару заставилъ его упасть въ лузу, ударъ этотъ долженъ соединять въ себѣ силу, необходимую не только для того, чтобы шаръ упалъ, но и для того, чтобы онъ двигался до самаго мѣста паденія. Стоя на такой шаткой почвѣ, ученые эти теряютъ, наконецъ, границы самостоятельности суда; всякое, самое отчаянное вторженіе въ процессуальныя права стороны можетъ быть оправдано этою самопродолжающеюся силою вчинанія иска. Найдя ключъ къ разъясненію весьма широкой дѣятельности суда, Пухта даже дошелъ до того, что возложилъ на судъ обязанность доискиваться матеріальной, т. е. объективной, истины [4]); но это ужъ слишкомъ очевидное самопротиворѣчіе. Въ настоящее время уже перестали утверждать, что судья доискивается объективной истины. И дѣйствительно, 1) это противно интересу тяжущихся, существу гражданскаго права; судья долженъ былъ бы для отысканія этой истины пренебрегать заявленіями сторонъ; стороны обратились бы въ средство для его цѣли, тогда какъ въ гражданскомъ процессѣ на первомъ планѣ стоитъ частное лицо; 2) немыслимо было бы стройное производство суда; пришлось бы уничтожить всѣ процессуальные сроки, установленные именно ради возможности самаго процесса; пропущеніе этихъ сроковъ влечетъ за собою невыгодныя послѣдствія; часто благодаря пропущенію срока, напримѣръ, срока предъявленія разрушающаго возраженія одною стороною, другая сторона выигрываетъ процессъ и, слѣдовательно, неправо обращается въ право; дабы такого случая не было, приверженцы объективной истины дѣйствительно должны уничтожить всѣ сроки; съ уничтоженіемъ же ихъ порядокъ въ производствѣ нарушился бы въ томъ смыслѣ, что отысканіе новыхъ доказательствъ заставляло бы каждый разъ снова подымать процессъ и ему бы не было конца; судъ не могъ бы игнорировать этихъ доказательствъ, такъ какъ оставленіе ихъ безъ вниманія давало бы поводъ думать, что рѣшеніемъ не достигнута объективная истина; 3) многіе необходимые по существующимъ воззрѣніямъ процессуальные институты пришлось бы совершенно упразднить или признать какъ исключенія, напр., судебное признаніе, присягу, такъ какъ они могутъ быть учинены въ противность дѣйствительному, объективно-существующему праву; судья, доискивающійся объективной истины, не можетъ настолько довѣрять сторонамъ; далѣе, были бы немыслимы мировыя сдѣлки, часто противныя объективно-

---

[1]) Gönner, н. с., стр. 76.

[2]) Zink, н. с. стр. 350.

[3]) Über die Vernunftmässigkeit des sog. Untersuchungprincips въ его Beitrage f. Geretzgeb. und Prax. B. 1. Arx. XIII, S. 33. 37. Къ сожалѣнію намъ не удалось изучить другое его сочиненіе Über die Gränzen des Richteramts; нѣкоторыя мысли изъ этого труда намъ извѣстны изъ н. соч. Гертнера и Ганса.

[4]) Puchta, н. с., ст. 38, 45.

существующему праву [1]). Таковы послѣдствія отысканія объективной истины. Но Пухта, говоря, что судья доискивается матеріальной истины, какъ бы испугавшись этого, ставитъ нѣкоторыя ограниченія; онъ признаетъ, что судья пополняетъ предъявляемыя сторонами факты, обосновывающіе ихъ притязанія, что онъ восполняетъ доказательства, приводимыя сторонами, что эта матеріальная истина должна быть выведена изъ фактовъ, лежащихъ въ основаніи процесса [2]); словомъ эти оговорки приводятъ къ тому, что судья не доискивается матеріальной истины; еслибы онъ ея доискивался, то стороны съ ихъ фактами и доказательствами должны бы были стоять въ сторонѣ, стать орудіями суда,—а этого Пухта не допускаетъ. Кромѣ того, что выставленная имъ задача гражданскаго суда (разысканіе матеріальной истины) имъ же самимъ опровергнута, онъ прямо противорѣчитъ принятой имъ силѣ инерціи вчинанія иска, какъ факта, уполномочивающаго судъ на любую широкую дѣятельность въ теченіе процесса; принявъ послѣднюю, онъ показалъ бы, что сводитъ дѣятельность суда къ исполненію воли стороны; принявъ первую, онъ заставляетъ эту волю отойти на задній планъ. Но благодаря упомянутымъ оговоркамъ, ограниченіямъ, онъ оставляетъ за волею сторонъ ея значеніе. Благодаря признанной имъ, а также Геннеромъ [3]) и Цинкомъ [4]) силы вчинанія иска, можно сказать, что въ основаніи ихъ аргументаціи (какъ и въ аргументаціи ученыхъ увлекающихся состязательнымъ началомъ) лежитъ признаніе автономіи тяжущихся, хотя и общей, разъ заявленной при вчинаніи иска, а не частной по отношенію къ тому или другому процессуальному акту. Не слѣдуетъ также думать, что эти порицатели состязательнаго начала стоятъ за начало, противуположеніе,—за начало слѣдственное. Пухта и Цинкъ недовольны самымъ названіемъ; первый предлагаетъ замѣнить его терминомъ *принципъ дѣятельности суда* [5]), второй—*начало свободнаго изслѣдованія* [6]). Спрашивается, измѣненіе названія не простой ли отводъ отъ упрека въ принятіи слѣдственнаго начала съ его инквизиторскимъ характеромъ, не скрывается-ли въ этихъ новыхъ мѣхахъ старое вино? Нѣтъ, какъ принципъ, какъ начало процесса ученые эти не признаютъ слѣдственнаго начала, что уже видно изъ принятой ими силы вчинанія иска и что еще очевиднѣе изъ слѣдующаго. Цинкъ лучшей системой процесса считаетъ систему смѣшанную, слѣдственно-состязательную, но требуетъ, чтобы начало состязательное было общимъ правиломъ, а положенія слѣдственнаго характера—исключеніями [7]), т.-е. приходитъ къ тому же, что говоритъ господствующая доктрина. Пухта говоритъ, что собираніе процессуальнаго матеріала не должно поражать свободы стороны, судья не долженъ изслѣдовать въ строгомъ смыслѣ слова, какъ это дѣлается въ уголовномъ процессѣ, а потому-то, строго говоря,—гражданскій процессъ не можетъ быть построенъ исключительно ни на состязательномъ, ни на слѣдственномъ началѣ [8]). Значитъ и онъ не далеко отстоитъ отъ общаго мнѣнія. Что касается самого разногласія этихъ ученыхъ съ приверженцами состязательнаго начала, то оно всего нагляднѣе выражается въ одномъ вопросѣ,—въ вопросѣ о предъявленіи доказательствъ. Приверженцы состязательнаго начала совершенно логично выставляютъ общее положеніе, что

---

[1]) Mittermayer, н. с., стр. 112, 113.
[2]) Puchta, н. с., стр. 53, 54 и сл.
[3]) Gönner, н. с., стр. 76.
[4]) Zink, н. с., стр. 356.
[5]) Puchta, н. с., стр. 20.
[6]) Zink, н. с., стр. 363.
[7]) Ibid. стр. 376.
[8]) Puchta, н. с. стр. 35.

доказательства предъявляются сторонами и указываютъ на нѣсколько исключеній, напр., привлеченіе экспертовъ, производство осмотра и др.; порицатели состязательнаго начала тоже признаютъ общее положеніе, но полагаютъ, что судья можетъ самъ ex officio дополнять доказательство; но и это дополненіе обставляютъ они такими условіями, благодаря которымъ они не очень рѣзко отличаются отъ своихъ противниковъ. Такъ, Цинкъ, какъ мы уже замѣтили, полагаетъ: 1) что сторона должна имѣть право предъявлять доказательства, судъ же, не находя дѣло выясненнымъ, можетъ самъ дополнить доказательства, ради уясненія себѣ спора; 2) судья можетъ ex officio пользоваться извѣстнымъ доказательствомъ (напр., свидѣтелемъ), если къ тому во время производства обнаружится поводъ, основаніе; 3) сторонѣ, не желающей воспользоваться извѣстнымъ доказательствомъ, отысканнымъ судомъ, должно быть предоставлено право отклонить это доказательство [1]). Пухта, стоя на почвѣ прусскаго уложенія 1793 года говоритъ совершенно то-же самое [2]). Такимъ образомъ существеннаго различія между упомянутыми группами ученыхъ нѣтъ. Если въ актѣ доказыванія порицатели состязательнаго начала идутъ, какъ будто дальше противниковъ своихъ, то по другимъ вопросамъ, они признаютъ большую самостоятельность сторонъ, чѣмъ послѣдніе ученые; напр., по мнѣнію многихъ приверженцевъ состязательнаго начала [3]), судъ долженъ ex officio присуждать въ пользу оправданной стороны возвратъ судебныхъ издержекъ, между тѣмъ тотъ же порицатель этого начала Цинкъ [4]) этого не требуетъ. Такое разногласіе можно встрѣтить и между приверженцами состязательнаго начала, но порицатели, повторяю, возстаютъ лишь противъ слишкомъ широкаго примѣненія этого начала, что очевидно изъ ихъ доводовъ противъ него. Пассивное положеніе судьи, говорятъ они, приведетъ къ ряду ошибокъ, къ ряду невыгодъ, которыя обрушатся на тяжущихся, благодаря незнанію ими законовъ: некому (если не предоставить этого судьѣ) указать имъ на то или другое обстоятельство, на тотъ или другой законъ, говорящій въ ихъ пользу; имъ придется обращаться къ дорого стоющимъ адвокатамъ; состязательное начало, — говорятъ они, — приводитъ къ крайнему формализму, къ извращенію процесса; оно съ внѣшней стороны связано съ письменною формою процесса, а съ внутренней съ идеею враждебности отношеній между судомъ и тяжущимися; признаніе его закономъ есть санкціонированное предложеніе суда, обращенное къ тяжущимся, чтобы они лгали и скрывали истину; примѣненіе его затруднительно, въ виду трудности отдѣлить вопросы права гражданскаго отъ вопросовъ права уголовнаго и т. д. [5]). Не входя въ подробности, замѣтимъ, что всѣ эти доводы утрачиваютъ свое значеніе, если признано будетъ, что состязательное начало есть принципъ, правило; но коль скоро жизнь указываетъ на вредъ, проистекающій отъ безусловнаго примѣненія его, оно должно быть ограничено, изъ него должны быть допущены исключенія, причемъ законъ долженъ ихъ точно опредѣлить и отнюдь не допускать аналогическаго примѣненія ихъ на однородные случаи. Справедливо замѣчаетъ одинъ изъ нашихъ ученыхъ, проф. Муромцевъ, что съ тѣхъ поръ, какъ въ догмѣ гражданскаго права получило большее развитіе стремленіе основать долматическія положенія не на однихъ логическихъ выводахъ, а на соображеніи ихъ съ дѣйствительными потребностями граждан-

---

[1]) Zink, я. с. стр. 360, 361.

[2]) Puchta, н. с. стр. 53—55.

[3]) Renaud, н. с. стр. 181. Endemann, н. с. стр. 361.

[4]) Zink, н. с. 375, 376.

[5]) Endemann, Das d. Civilprocessrecht S. 365, 366, Zink н. с. стр. 356 и слѣд.— Die neuere deutsche Gesetzgeb. über den Civilprocess въ Krit. Überschau B 1 S. 300 и др.

ской жизни—мысль о возможности абсолютнаго примѣненія какого нибудь принципа все болѣе и болѣе отходитъ въ область фантазіи [1]). Естественно, само собою напрашивается вопросъ: да можно ли вообще говорить о слѣдственномъ началѣ гражданскаго процесса? Конечно, говорить можно, но становясь на почву положительнаго права, слѣдуетъ сказать, что нѣтъ и не было еще кодекса, построеннаго на этомъ началѣ [2]). Самое большее, что можно сказать, это то, что изъ кодексовъ, построенныхъ на состязательномъ началѣ, въ однихъ замѣтно болѣе уклоненій въ сторону слѣдственнаго начала, въ другихъ менѣе; вслѣдствіе этого, говоря словами, К. Д. Кавелина, „ни одна изъ этихъ формъ не развивается въ своей чистотѣ и послѣдовательности, какъ бы требовало основное начало каждой изъ нихъ [3])". А основное начало слѣдственнаго процесса есть то, что судья является главнымъ факторомъ процесса, а тяжущіеся стоятъ въ сторонѣ; основное начало состязательнаго процесса есть то, что тяжущіеся являются главными факторами процесса, а судья стоитъ въ сторонѣ. Слѣдственное начало присуще одному уголовному судопроизводству [4]), въ которомъ заинтересованною стороною является государство, не какъ субъектъ имущественныхъ правъ, а какъ политическое цѣлое. Едва ли вѣрно мнѣніе Цинка [5]), Муромцева [6]) и др., что современное уголовное судопроизводство построено на состязательномъ началѣ. Причина такого смѣшенія понятій лежитъ въ самомъ терминѣ *состязательное* начало. Названіе это, понимаемое въ буквальномъ смыслѣ, конечно, относится къ уголовному судопроизводству, т.-е. какъ начало, въ силу котораго судъ рѣшаетъ дѣло на основаніи того, что выяснено при состязаніи сторонъ. Но въ гражданскомъ процессѣ терминъ этотъ, судя по мнѣнію самого Геннера [7]) и всѣхъ, слѣдующихъ за нимъ процессуалистовъ, понимается гораздо шире: это есть начало личной автономіи тяжущихся, какъ въ начатіи, такъ въ теченіи, такъ и въ реализаціи результатовъ процесса, что уже никакъ не можетъ быть отнесено къ уголовному процессу. Въ уголовномъ процессѣ не только начатіе и реализація результатовъ процесса совершается судомъ ex officio, но и собираніе доказательствъ, предъявленіе доказательствъ и возраженій и т. д. все дѣлается судомъ ex officio; современный судъ уголовный состоитъ изъ судей, изслѣдующихъ и рѣшающихъ и прокурора; всѣ они входятъ въ составъ суда, выполняя лишь различныя функціи; формально они разъединены, матеріально составляютъ одно цѣлое, т.-е. являются представителями государства, внѣшнимъ образомъ раздѣляя между собою трудъ. Въ лицѣ судьи изслѣдующаго, (слѣдователя) государство чрезъ своего органа собираетъ всѣ доказательства pro и contra обвиняемаго, въ лицѣ прокурора —анализируетъ передъ судьями значеніе добытыхъ доводовъ относительно виновности, въ

---

[1]) Муромцевъ въ реценз. въ журн. гр. и уг. пр. 1875 г. № 6 стр. 291.

[2]) Напрасно нѣкоторые писатели, между прочимъ, г. Миловидовъ (н. с. стр. 17—18 пр. 8), думаютъ, что въ прусскомъ кодексѣ господствуетъ начало слѣдственное; кодексъ этотъ, если и допускаетъ начатіе процесса ex officio, собираніе судомъ доказательствъ и какъ общее положеніе признаетъ, что дѣло начинается по иску частнаго лица, что доказательства представляются сторонами и т. д., то противъ такого кодекса можно высказать много возраженій; можно сказать, что онъ допускаетъ слишкомъ много уклоненій отъ состязательнаго, что въ въ немъ преобладаетъ слѣдственный характеръ, но назвать его кодексомъ, построеннымъ на слѣдственномъ началѣ, нельзя (см. Puchta, н. с. стр. 36).

[3]) Кавелинъ. Собр. соч. т. 1, стр. 104—105.

[4]) Puchta, н. с. стр. 35.

[5]) Zink, н. с. стр. 357.

[6]) Муромцевъ, н. рец. стр. 291—292.

[7]) Gönner, н. с. стр. 184—192.

лицѣ судьи рѣшающаго—разрѣшаетъ вопросъ о виновности и о мѣрѣ наказанія. Состязательное начало именно и проявляется лишь въ дѣятельности судьи рѣшающаго, въ томъ, что судья этотъ самъ не предъявляетъ доказательствъ, — они предъявляются сторонами; судья рѣшаетъ дѣло на основаніи того, что выяснено состязаніемъ, т.-е. судебнымъ состязаніемъ сторонъ. Только въ такомъ буквальномъ смыслѣ и то лишь въ столь тѣсныхъ рамкахъ можно говорить о состязательномъ началѣ въ уголовномъ процессѣ; о произвольности и исключительности процессуальныхъ актовъ тутъ не можетъ быть рѣчи: прокуроръ—эта quaisi сторона, не осуществляетъ своего частнаго права, а исполняетъ свою судебную обязанность. Такъ что областью преимущественнаго примѣненія состязательнаго начала, какъ начала личной автономіи тяжущихся является гражданскій процессъ; начала слѣдственнаго, какъ начала полной самостоятельности суда въ процессѣ — уголовный [1]). Понятно само собою, что въ дѣлахъ уголовночастныхъ, уже въ силу двойственности природы ихъ, оба начала имѣютъ примѣненіе—а на сколько: это зависитъ отъ характера того или другаго процессуальнаго законодательства.

## ГЛАВА II.

### Построеніе ученія о состязательномъ началѣ.

Господствующая доктрина выражаетъ проявленіе состязательнаго начала въ гражданскомъ процессѣ слѣдующими четырьмя формулами: I. Nemo judex sine actore. Этимъ положеніемъ она хочетъ выразить то, что никакое гражданское дѣло не можетъ быть начато иначе, какъ по прозьбѣ истца. Но просьба о начатіи дѣла не должна быть такого рода, что предъявивъ ее, истецъ устраняется, а дѣятельность суда выступаетъ на первый планъ. Истецъ лишь приглашаетъ судъ совершить возлагаемое на него закономъ дѣйствіе, слѣдующее за предъявленіемъ иска; по совершеніи этихъ дѣйствій истецъ опять долженъ совершить тѣ или другія дѣйствія. Актъ предъявленія иска долженъ быть совершенно свободенъ и не долженъ имѣть безповоротнаго значенія, а напротивъ, будучи совершенъ, не долженъ исключать возможность отказа отъ него. Положеніе nemo judex sine actore, вытекающее изъ правоваго принципа nemo jure suo uti cogatur не всѣми процессуалистами вносится въ ученіе о состязательномъ началѣ. Многіе изъ нихъ [2]) считаютъ его неимѣющимъ въ этомъ случаѣ особеннаго значенія, такъ какъ на какомъ бы началѣ ни былъ построенъ процессъ,—на состязательномъ, или на противуположномъ ему, слѣдственномъ, — положеніе это должно быть примѣнено. Вся размолвка въ средѣ ученыхъ, придерживающихся господствующей доктрины, заключается въ словахъ: то, что они называютъ ученіемъ о Dispositionsrecht der Partei есть нечто иное, какъ ученіе о состязательномъ началѣ Ветцель [3]) и Рено [4]), излагая ученіе о состязательномъ началѣ, объ этомъ

[1]) Будетъ ли уголовный процессъ построенъ на слѣдственномъ началѣ въ тѣсномъ смыслѣ, безъ публичнаго обвинителя или на обвинительномъ началѣ съ публичнымъ обвинителемъ—это безразлично: въ существѣ того же мнѣнія Кёстлинъ, Der Wendepunkt des d. Str.—Verf. стр. 37—58.

[2]) Endemann, н. с. стр. 366, 367, Renaud, н. с. 181 Gönner, н. с. стр. 180 Menger н. с. стр. 252 и др.

[3]) Wetzel, н. с. стр. 97 и слѣд.

[4]) Renaud, н. с. стр. 113 и слѣд.

положеніи не упоминаютъ, относя вопросъ о произвольности предъявленія иска—первый къ ученію о Dispositionsrecht der Partei, второй къ ученію о Unabhängigkeit der Parteirollen vom richerlichen Willkür. Что касается Ветцеля, то перенесеніе имъ этого положенія въ особый отдѣлъ обусловливается его точкою зрѣнія на ученіе о состязательномъ началѣ. Онъ смотритъ на него, какъ на ученіе о дѣятельности суда, и притомъ, какъ видно, дѣятельности начавшейся, опредѣляемой отрицательнымъ образомъ; положенія состязательнаго начала: ne eat..., ne procedat..., касаются суда, уже дѣйствующаго; они даютъ (хотя и отрицательныя) правила, о томъ, какъ ему слѣдуетъ дѣйствовать, положеніе же nemo judex касается момента предшествующаго дѣятельности суда и потому не входитъ въ ученіе о состязательномъ началѣ. Возраженія противъ Ветцеля могутъ касаться только этого взгляда, такъ какъ несомнѣнно, коль скоро взглядъ этотъ принятъ, то совершенно послѣдовательно исключить упомянутое положеніе изъ ученія о состязательномъ началѣ. Противъ взгляда же его слѣдуетъ замѣтить, что состязательное начало касается больше дѣятельности сторонъ, чѣмъ дѣятельности суда; для первыхъ положенія эти имѣютъ положительное значеніе, для второго только отрицательное; всѣхъ же отрицательныхъ правилъ дѣятельности суда безчисленное множество и перечислить ихъ рѣшительно нѣтъ возможности. Кромѣ того, слѣдуетъ замѣтить, что, во 1-хъ, самъ же Ветцель считаетъ состязательное начало оборотной стороной Dispositionsrecht, т.-е. права произволенія стороны [1]), такъ что положеніе nemo invitus agere cogatur—должно соотвѣтствовать положенію nemo judex sine actore, которое, слѣдовательно, должно было войти въ составъ ученія. Во вторыхъ, въ ученіе о Dispositionsrecht Ветцель вкратцѣ упоминаетъ о всѣхъ дѣйствіяхъ сторонъ въ процессѣ, а между тѣмъ излагаетъ только ученіе о произвольности предъявленія иска; ученія же объ упомянутой имъ произвольности другихъ актовъ изложены въ ученіи о состязательномъ началѣ; ради послѣдовательности не слѣдовало бы дѣлать такого разъединенія. Въ ученіи о состязательномъ началѣ Ветцеля нельзя не видѣть, что здѣсь свойственный этому ученому пріемъ дробленія и раскидыванія матеріала доведенъ до крайности [2]). Рено послѣдовалъ Ветцелю, удѣливъ упомянутому положенію мѣсто въ ученіи о свободѣ лица стать стороною. И ему, между прочимъ, можно возразить: къ чему такое дробленіе? и если оно необходимо, къ чему излагать ученіе о состязательномъ началѣ? Всего лучше разбросать отдѣльныя положенія, въ которыхъ начало это выражается по разнымъ мѣстамъ системы, напр., положеніе ne procedat judex ex officio въ отдѣлѣ о доказательствахъ, о дѣятельности суда при состязаніи и т. д.; положеніе ne eat judex ultra petita partium въ отдѣлѣ о судебныхъ рѣшеніяхъ и т. д. Байеръ тоже исключилъ это положеніе изъ ученія о состязательномъ началѣ, взглянувъ на это начало, какъ на начало самаго состязанія, т.-е. момента слѣдующаго уже за предъявленіемъ иска [3]). Большинство же процессуалистовъ считаютъ положеніе nemo judex sine actore—выраженіемъ состязательнаго начала и вносятъ это положеніе въ ученіе о немъ. Изъ положенія этого допускается рядъ исключеній. Но всматриваясь въ существо послѣднихъ, ихъ нельзя считать исключеніями, по крайней мѣрѣ въ строгомъ смыслѣ слова. Это—такъ называемыя приглашенія ко вчинанію иска, непринятіе которыхъ влечетъ за собою не-

---

[1]) Wenzel, н. с. стр. 516.

[2]) Но Ветцель въ одномъ мѣстѣ своего труда обмолвился, относя положеніе nemo judex къ числу положеній, въ которыхъ выражается состяз. начало; онъ переводитъ положеніе ne procedat judex ex officio, такъ: wo kein Kläger, da kein Bichter—тогда какъ это вѣрнѣйшій переводъ формулы nemo judex. см. стр. 512.

[3]) Bayer, н. с. стр. 33, 34.

выгодныя послѣдствія для приглашеннаго. Мы оставляемъ въ сторонѣ тѣ изъ этихъ случаевъ, которые чужды нашему праву, каково такъ называемое судебное оглашеніе о переходѣ права, оглашеніе, по совершеніи котораго лица, незаявившія о своихъ правахъ, обрекаются на вѣчное молчаніе (der soll immer schweigen). Оставляемъ въ сторонѣ также всѣ provocationes speciales, а именно provocatio ex lege Diffamari, заключающуюся въ приглашеніи къ предъявленію иска, обращенное къ лицу, огласившему фактъ существованія у него иска на другое лицо и provocatio ex lege Si contendat, заключающуюся въ приглашеніи ко вчинанію иска, исходящемъ отъ будущаго отвѣтчика въ виду возможности утраты возраженія къ моменту появленія повода иска; при непринятіи первой провокаціи диффаматоръ считается сознавшимся въ клеветѣ и судъ налогаетъ на него молчаніе, при непринятіи второй—истецъ считается признавшимъ силу даннаго возраженія. Я оставлю въ сторонѣ эти случаи приглашенія къ предъявленію иска, какъ неизвѣстныя нашему праву [1]). Ограничусь лишь указаніемъ на тѣ провокаціи, вызовы о которыхъ упоминаются въ нашихъ законахъ. Законъ говоритъ о на вызовѣ кредиторовъ несостоятельнаго должника. Кредиторомъ предлагается объявить свои претензіи, а въ случаѣ непредъявленія въ установленный срокъ, они хотя и нелишаются правъ своихъ, но тѣмъ не менѣе лишаются до поры, до времени возможности ихъ осуществленія, —лишаются преимуществъ конкурсныхъ кредиторовъ. Далѣе, сюда относится рядъ случаевъ вызова черезъ публикацію (судомъ, полиціею, частными лицами); а именно, вызовъ наслѣдниковъ,—непредъявленіе ими въ теченіе установленнаго срока своихъ правъ влечетъ за собою невыгоды, связанныя съ отысканіемъ наслѣдства у лицъ, вступившихъ во владѣніе имъ, а непредъявленіе правъ въ теченіи земской давности влечетъ за собой потерю права; вызовъ безвѣстноотсутствующихъ—непредъявленіе этими лицами правъ своихъ въ теченіи извѣстнаго срока влечетъ за собою потерю ихъ; вызовъ лица, потерявшаго вещь,—непредъявленіе имъ права влечетъ за собою лишеніе его; вызовъ поклажедателей по смерти поклажепринимателя,—не заявленіе въ теченіи извѣстнаго срока о своихъ правахъ влечетъ за собою потерю ихъ и т. д. Несмотря на упорно держащееся воззрѣніе, на эти provocationes generales [2]), какъ на исключенія изъ правила: nemo judex sine actore, высказываются и мнѣнія, что они не являются таковыми, такъ какъ принужденіе, въ нихъ выражающееся, является принужденіемъ косвеннымъ [3]) (Indirecter Zvang). И дѣйствительно, принужденіе это выражается лишь въ томъ, что лицу приглашаемому угрожаютъ невыгодными послѣдствіями, которыя оно на себя навлечетъ, не воспользовавшись приглашеніемъ; но не слѣдуетъ забывать, что послѣдствія эти наносятся лицомъ самому себѣ добровольно; оно желаетъ наступленія послѣдствій своего бездѣйствія. Могутъ возразить, что даже активное принужденіе съ этой точки зрѣнія можетъ быть названо добровольнымъ; преступникъ могъ не совершать преступленія, но совершилъ его зная его послѣдствія. Да, онъ зналъ, но онъ не желалъ наступленія этихъ послѣдствій. Принужденіе есть воздѣйствіе на волю, результатомъ чего является фактъ, противный желанію принужденнаго. Да и вообще мнѣ кажется, что всѣ упомянутые случаи приглашенія ко вчинанію иска (въ обширномъ смыслѣ слова) нельзя считать исключеніеми изъ положенія nemo judex sine actore, изъ начала состязательнаго. Состязательное

---

[1]) Малышевъ, Курсъ т. I стр. 257, Побѣдоносцевъ Суд. Руков. стр. 538; послѣдній неразграничиваетъ provoc. generales и speciales (Endemann стр. 381), забывая, что это разграниченіе имѣетъ важное значеніе для русскаго права, которому извѣстны случаи provoc. gener. или какъ ихъ называетъ Менгеръ (стр. 256), *публичныя провокаціи* въ отличіе отъ *частныхъ*.

[2]) Wetzell, н. с. стр. 99 и слѣд., Renaud, н. с. стр. и слѣд. Bar, н. с. стр. 563 и другіе.

[3]) Endemann, н. с. стр. 381.

начало въ томъ и состоитъ, что лицо можетъ совершить извѣстный актъ, но можетъ его и не совершать; эти два элемента,—положительный и отрицательный,—необходимы. Приглашеніе суда или другого кого предъявить искъ, есть напоминаніе, весьма любезное и предупредительное, о томъ, что лицо можетъ совершить актъ, совершеніе котораго вполнѣ зависитъ отъ его усмотрѣнія, несовершеніе же его влечетъ за собою извѣстныя невыгодныя послѣдствія. Предъяви искъ или не предъявляй! Предъявишь: послѣдствія такія то, не предъявишь—такія то. Приглашеніе это является, какъ кажется, не исключеніемъ изъ начала состязательнаго, а прямымъ его признаніемъ; самое существованіе въ законѣ правила о приглашеніи къ иску—есть санкціонированіе произвольности этого акта, признаніе полной автономіи личности тяжущихся: судья говоритъ: если хочешь, приходи и пользуйся своимъ правомъ, тебѣ, можетъ быть, не извѣстно, что ты имъ можешь воспользоваться, вотъ мы тебя и приглашаемъ, а впрочемъ дѣлай, какъ самъ знаешь; мы тебя къ этому не принуждаемъ. Можетъ ли быть болѣе полное признаніе личнаго усмотрѣнія истца [1])!

Далѣе, господствующая доктрина выражаетъ проявленіе состязательнаго начала въ положеніи ne procedat judex ex officio. Ветцель относитъ это правило къ процессуальной дѣятельности суда, выражающейся въ такихъ распоряженіяхъ (Verfügungen), которыми охраняется порядокъ въ дѣятельности сторонъ. Судья, говоритъ онъ, дабы дѣйствовать въ этомъ направленіи долженъ быть такъ или иначе побуждаемъ къ тому сторонами; хотя этимъ еще не сказано, что дѣятельность суда непремѣнно требуетъ явнаго (ausdrükliche) заявленія сторонъ. Слѣдуетъ различать два рода (заявленій) распоряженій суда: 1) такія, которыми отклоняются ненадлежащія заявленія сторонъ и 2) такія, которыми уваживаются надлежащія заявленія сторонъ. Первыя вызываются непосредственно соотвѣтствующими дѣйствіями стороны и не требуютъ волеизъявленія со стороны противника; вторыя не могутъ быть совершены безъ таковаго явнаго волеизъявленія, если лежатъ внѣ общаго, нормальнаго хода процесса, въ противномъ же случаѣ волеизъявленіе о совершеніи ихъ предполагается молчаливо выразившимся; изъ этого допускается, однако, рядъ исключеній [2]). Этимъ обобщеніемъ Ветцель хочетъ выразить, что импульсъ къ совершенію судомъ извѣстнаго дѣйствія долженъ всегда исходить отъ стороны, причемъ на одни дѣйствія судъ вызывается данными дѣйствіями сторонъ, другія же совершаются имъ или по явно выраженному желанію стороны, или же въ виду предполагаемаго желанія ея, чтобы судъ дѣйствовалъ. Мысль тутъ та, что стороны предъявляютъ весь процессуальный матеріалъ; судъ же оперируетъ надъ этимъ матеріаломъ, причемъ, если дѣйствіе стороны не надлежаще, напр., предъявленъ искъ не въ тотъ судъ, сдѣлана ссылка на свидѣтеля въ доказательство такого факта, который не можетъ быть доказанъ свидѣтельскими показаніями, то судъ самъ его отклоняетъ; если дѣйствіе стороны надлежаще, то судъ его уваживаетъ, нв не безусловно; въ однихъ случаяхъ онъ совершаетъ извѣстное дѣйствіе въ силу предполагаемаго желанія сторонъ, напр., пересылаетъ бумаги одной стороны другой, назначаетъ сроки и т. п., въ другихъ же случаяхъ, выходящихъ за предѣлы нормальнаго хода процесса, для совершенія даннаго дѣйствія судомъ недостаточно одного предполагаемаго желанія стороны—требуется еще особое заявленіе, напр., при

---

[1]) Указанное Менгеромъ (н. с. стр. 252 и слѣд.) исключеніе изъ этого положенія, а именно: дѣла о признаніи брака недѣйствительнымъ по impedimenta juris publici по отношенію къ нашему процессу не имѣютъ значенія, такъ какъ дѣла эти изъяты изъ юрисдикціи гражданскаго суда.

[2]) Wetzel, н. с. стр. 518—519.

обезпеченіи иска; оно не вытекаетъ изъ факта предъявленія иска, и судъ дѣлаетъ соотвѣтствующее распоряженіе лишь по особой просьбѣ стороны.

Другой процессуалистъ, Баръ, въ виду признанной имъ самостоятельности дѣйствій суда, выражающейся, во-1-хъ, въ независимости его дѣйствій отъ заявленія сторонъ, касающихся нормальнаго хода процесса, во-2-хъ, въ отклоненіи неосновательныхъ требованій и въ-3-хъ въ заботѣ о закономѣрности его дѣйствій и самаго процесса, — формулируетъ указанное правило такъ: судья въ дѣятельности своей долженъ воздерживаться тамъ, гдѣ можетъ разсчитывать на заявленіе стороны, предполагая, конечно, что сторона желаетъ бвагопріятнаго исхода въ данномъ направленіи или вообще [1]). И Баръ этимъ хочетъ сказать, что судъ только тогда выступаетъ въ качествѣ самостоятельнаго фактора, когда уже рѣшительно нельзя ожидать дѣйствія сторонъ; онъ приводитъ примѣръ такого рода: самъ судъ не собираетъ доказательствъ, но если стороны для подтвержденія извѣстнаго факта предъявляютъ доказательства, то судъ долженъ заботиться о томъ, чтобы надлежащимъ образомъ исчерпать эти доказательства. Я указалъ нарочно на этихъ именно ученыхъ, ибо они не формулируютъ начала ne procedat въ безусловной формѣ, а выражаютъ его съ нѣкоторою осторожностью, въ виду исключеній изъ этого начала. Ветцель, въ виду того, что формальная дѣятельность суда совершается въ нѣкоторыхъ случаяхъ ex officio, не говоритъ, что ne procedat значитъ, что судъ бездѣйствуетъ въ теченіи процесса, а говоритъ, что судъ побуждается къ дѣятельности въ теченіи процесса сторонами; такъ что изъ этого положенія не является исключеніемъ формальная его дѣятельность ex officio; судъ и тутъ побуждается активными ненадлежащими дѣйствіями сторонъ или же предполагаемымъ желаніемъ ихъ. Баръ также, въ виду трехъ группъ исключеній, не говоритъ, что судъ бездѣйствуетъ, а бездѣйствуетъ онъ лишь въ случаѣ наличности того предположенія, что сторона сама совершитъ данное дѣйствіе. Другіе ученые не вводятъ исключеній въ самое положеніе, а выставляютъ отдѣльно абсолютное начало и рядъ исключеній. Какъ ученые, хвалящіе, такъ и ученые, порицающіе состязательное начало, какъ формулирующіе начало ne procedat съ нѣкоторою осторожностью (въ виду исключеній), такъ и выражающіе его въ абсолютной формѣ, какъ начало полнаго бездѣйствія суда, допускаютъ въ томъ или въ другомъ смыслѣ большее или меньшее число исключеній [2]).

Самыя выдающіяся изъ этихъ исключеній суть: *привлеченіе экспертовъ* и *производство осмотра на мѣстѣ* ex officio. Мы остановимся на нихъ и еще скажемъ пару словъ о третьемъ, о такъ называемомъ *правѣ разспроса.* Экспертизу и осмотръ считаютъ исключеніями одни ученые, напр. Менгеръ [3]), потому, что смотрятъ на нихъ, какъ на судебныя доказательства, а другіе, напр. Байеръ [4]), потому, что судья дѣйствуетъ здѣсь вполнѣ самостоятельно. Мнѣнія эти существенно другъ отъ друга не отличаются; первое лишь точнѣе опредѣляютъ ту сферу, которой эти исключенія касаются; но противъ него можно сдѣлать то возраженіе, что оно предполагаетъ въ изслѣдователѣ сторонника взгляда на эти два института, какъ на судебныя доказательства, взгляда, еще не установившагося въ наукѣ [5]); но въ виду вѣрности его эта

---

[1]) Bar, н. с. стр. 563.

[2]) Ветцель (стр. 512—519) указываетъ на 4 исключенія (исчерпывающее перечисленіе), Въръ (стр. 562) — на 3 группы, Рено (стр. 172) — на 5, Цинкъ (стр. 372 — 376) — на 10, Байеръ (стр. 35)—на 6, Пухта (стр. 53)—на 5 исключеній и т. д.

[3]) Menger, н. с. стр. 277.

[4]) Bayer, н. с. стр. 36.

[5]) Взглядъ Миттермайера (Arch. f. civ. Prax. B. II S. 119) на экспертизу, какъ на су-

тенденціозность не вредитъ дѣлу. Что взглядъ этотъ на экспертизу и на такъ называемый осмотръ, какъ на судебныя доказательства, вѣренъ, видно изъ того, что какъ та, такъ и другой суть средства, при помощи которыхъ подтверждается фактъ, обосновывающій притязаніе стороны. Каждое притязаніе сторонъ сначала обосновывается извѣстнымъ фактомъ, напр., искъ объ уплатѣ долга обосновывается фактомъ передачи денегъ вѣрителемъ должнику; а уже фактъ обосновывающій доказывается извѣстными средствами; въ приведенномъ примѣрѣ фактъ передачи денегъ можетъ быть доказанъ заемнымъ актомъ. Экспертиза и такъ называемый осмотръ и суть такія средства. Напримѣръ, требованіе выдачи приплода животнаго, отданнаго въ ссуду, можетъ быть обосновано, между прочимъ, фактомъ рожденія. Фактъ этотъ можетъ быть доказанъ экспертомъ-ветеринаромъ, который изслѣдуетъ животное и по слѣдамъ, сохранившимся на этомъ животномъ въ тѣхъ частяхъ его, которыя пострадали отъ физіологическаго процесса,—констатируетъ спорный фактъ. Функція этого эксперта ничѣмъ существеннымъ не отличается отъ функціи свидѣтеля, видѣвшаго, какъ молодое животное явилось на свѣтъ. Различіе между этими двумя средствами доказыванія лишь то, что свидѣтель сообщаетъ непосредственно воспринятый имъ обосновывающій фактъ, а экспертъ выводитъ существованіе этого факта изъ сохранившихся матеріальныхъ или интеллектуальныхъ слѣдовъ: онъ восходитъ отъ настоящаго къ прошедшему, основываясь на данныхъ своей спеціальности. Это различіе весьма несущественное: оно указываетъ только на то, что экспертиза—доказательство sui generis. Или еще примѣръ: истецъ требуетъ lucrum cessans въ размѣрѣ 1,000 рублей; обосновываетъ онъ это требованіе рядомъ фактовъ изъ своей торговой дѣятельности и, между прочимъ, тѣмъ, что, напримѣръ, запоздавшій по винѣ отвѣтчика товаръ могъ бы, если бы не запоздалъ, быть проданъ дороже, чѣмъ теперь: фактъ этотъ можетъ быть доказанъ купцами-экспертами, которые анализируютъ передъ судомъ экономическія явленія (ихъ спеціальность), которыя могли бы повысить стоимость товара, еслибы онъ не запоздалъ; отъ свидѣтелей эти эксперты мало чѣмъ отличаются по функціи: свидѣтели въ этомъ случаѣ подтвердили бы тотъ фактъ, что цѣна была въ дѣйствительности такъ велика во время запозданія, что купцы сулили за товаръ столько-то; что сами свидѣтели давали эту цѣну, словомъ свидѣтель тутъ сообщилъ бы, что данный фактъ существовалъ, основываясь на томъ, что онъ, свидѣтель, воспринялъ его внѣшними чувствами во время его существованія, экспертъ же сообщилъ бы, что фактъ также существовалъ, но основывалъ бы это на данныхъ своей спеціальности и на томъ, каковы были по сохранившимся общимъ даннымъ мѣстныя условія во время запозданія. Понятно само собою, что экспертъ, функціонируя какъ судебное доказательство, въ тоже время является и пособникомъ судьи. Эта двойственность экспертизы до сихъ поръ еще не была опровергнута противниками Миттермайера и его послѣдователя Рено. Еслибы судья обладалъ знаніемъ всѣхъ наукъ, то незачѣмъ было-бы и приглашать экспертовъ; экспертиза только и возможна при томъ предположеніи, что на судѣ могутъ возникнуть вопросы спеціальные, не знакомые суду, техническіе. Если же предположить, что судья обладаетъ знаніями по всѣмъ спеціальностямъ, то сторонамъ въ подтвержденіи фактовъ, обосновывающихъ ихъ притязанія, не было бы надобности приводить доказательства, такъ какъ факты эти достаточно ясны для судьи. Но экспертиза можетъ въ значительной степени утратить значеніе судебнаго доказательства, или вѣрнѣе можетъ явиться судебнымъ доказательствомъ не съ полною очевидностью, а именно въ тѣхъ случаяхъ, когда

---

дебное доказательство, принятъ Рено, Менгеромъ и др., не принятъ Ветцелемъ и Эндеманномъ.

экспертъ является справочною книгою, даже словаремъ, а то просто счетчикомъ; экспертамъ часто поручается разъяснить или перевести слово, сличить почеркъ, опредѣлить цѣну вещи, составить разсчетъ и т. д. Въ большинствѣ этихъ случаевъ менѣе очевидна связь его труда съ thema probandum въ смыслѣ связи доказательства съ обосновывающимъ фактомъ. Вслѣдствіе того, что экспертъ въ той или другой мѣрѣ является и пособникомъ суда, экспертиза не перестаетъ, однако, быть судебнымъ доказательствомъ. И такъ, будучи судебнымъ доказательствомъ, приводимымъ не только сторонами, но и судомъ, экспертиза въ послѣднемъ случаѣ является исключеніемъ изъ общаго правила.—Что касается осмотра на мѣстѣ, то признаніе именно его, какъ „осмотра", судебнымъ доказательствомъ, не имѣетъ смысла. *Осмотръ*, какъ дѣятельность судьи, не можетъ быть судебнымъ доказательствомъ, такъ-же какъ не можетъ быть таковымъ воспріятіе содержанія письменнаго акта. Показаніями судьи нельзя ничего доказывать. Въ тѣхъ случаяхъ, когда говорится объ осмотрѣ, слѣдуетъ говорить о самой вещи, подлежащей осмотру; она, также какъ и письменный актъ, есть доказательство. Осмотръ же, какъ и воспріятіе судьею письменнаго акта, есть средство, при помощи котораго судъ здѣсь знакомится съ данными документами, тамъ съ вещью. Всего лучше назвать то доказательство, которое обыкновенно называется осмотромъ на мѣстѣ, *вещественнымъ* доказательствомъ. Этотъ родъ доказательствъ никогда не приводится судомъ: судъ не можетъ воспользоваться имъ ex officio; предпринять же осмотръ, т.-е. мѣстное ознакомленіе съ этимъ доказательствомъ—онъ можетъ, и эта его дѣятельность не нарушаетъ состязательнаго начала.—Относительно права суда на разспросы сторонъ нужно замѣтить, что оно не является исключеніемъ, (напр., Байеръ [1]) не вводитъ его въ число исключеній), ибо судъ не можетъ касаться тѣхъ фактовъ, на которые не ссылаются стороны; только при отсутствіи таковаго условія право это было бы исключеніемъ изъ состязательнаго начала.

Особенный интересъ представляетъ извѣстный намъ вопросъ о погашеніи иска давностью, какъ о фактѣ, являющемся основаніемъ возраженія со стороны отвѣтчика. Нѣкоторыя законодательства, напр., французское и наше, прямо запрещаютъ суду возбуждать этотъ вопросъ. Въ этомъ нельзя видѣть доктринерства со стороны законодательства, желавшаго, во чтобы то ни стало, провести состязательное начало. Таковая заботливость его именно объ этомъ вопросѣ можетъ казаться странною, такъ какъ судъ этимъ запрещеніемъ ставится въ неловкое положеніе: онъ видитъ, что отвѣтчику невдомекъ погашеніе иска, что погашеніе несомнѣнно, а между тѣмъ обязанъ молчать. Несмотря на это, законодательство дѣйствуетъ во имя справедливости: коль скоро разъ признано, что судъ не собираетъ фактовъ, обосновывающихъ требованія сторонъ и коль скоро это примѣнено къ истцу, то для поддержанія равенства сторонъ слѣдуетъ примѣнить это и къ отвѣтчику; ссылка на фактъ погашенія иска истеченіемъ давностнаго срока, коимъ обосновывается притязаніе отвѣтчика на оправданіе, должна исходить отъ отвѣтчика, какъ и факты, обосновывающіе притязаніе истца на обвиненіе.—Ветцель еще между исключеніями упоминаетъ объ общеизвѣстныхъ фактахъ, такъ какъ свѣдѣнія о нихъ добываются судомъ,—но объ этомъ рѣчь впереди.

---

[1]) Bayer, н. с. стр. 95.

[2]) Изъ другихъ двухъ доводовъ Миттермайера (Der. ord. Civ.-Proc. стр. 104) противъ предоставленія суду этого права,—на одинъ, а именно, что это противно духу гражданскаго права, я уже указалъ выше. На другой же нечего указывать, такъ какъ у насъ по истеченіи давностнаго срока не остается естественнаго обязательства (obligatio naturalis), которому угрожало бы уничтоженіе при возбужденіи судомъ вопроса о давности.

Третье положеніе состязательнаго начала формулируется такъ: quod non est in actis, non est in mundo. Буквальный смыслъ его указываетъ на ту почву, на которой оно выросло: на письменный, каноническій процесъ [1]); судья обращаетъ вниманіе лишь на тѣ обстоятельства, которыя изложены сторонами, въ процессуальныхъ бумагахъ, актахъ. Относясь прежде всего къ области доказыванія, оно выражается нѣкоторыми процессуалистами въ другой формѣ, а именно: judex judicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam; это значитъ, что судья основываетъ свое рѣшеніе только на данныхъ, на которыя ссылаются стороны, т.-е. судья не можетъ рѣшать дѣло основываясь на такихъ данныхъ, которыя ему самому извѣстны и на которыя стороны не ссылались. Процессуалисты, понимающіе такъ это положеніе, конечно, видятъ отличіе его отъ положенія ne procedat judex ex officio, въ томъ же, въ чемъ заключается различіе между procedere и judicare, между веденіемъ дѣла и разрѣшеніемъ дѣла. Такъ, относительно доказыванія, въ силу перваго положенія, судьѣ запрещается собираніе доказательствъ, а въ силу втораго—пользованіе, при разрѣшеніи дѣла, собственными знаніями, какъ доказательствомъ. Само собою понятно, почему собственныя свѣдѣнія судьи, добытыя помимо заявленій сторонъ, не могутъ быть основою рѣшенія: 1) это мѣшаетъ безпристрастію судьи; будучи увѣренъ, благодаря даннымъ, добытымъ на сторонѣ, въ существованіи извѣстнаго факта, онъ лишается возможности надлежащимъ образомъ вникнуть въ доводы противной стороны; быть можетъ, увѣренность его построена на ложныхъ свѣдѣніяхъ? 2) этимъ открывается возможность рѣшить дѣло по личному усмотрѣнію, игнорируя заявленія сторонъ; стоитъ лишь заявить, что онъ, судья, знаетъ самъ данный фактъ; 3) быть хорошимъ судьей и свидѣтелемъ въ одно время противно природѣ человѣка; это то же самое, что быть судьею въ своемъ дѣлѣ,—а кому неизвѣстно, какъ часто человѣкъ ошибается относительно самаго себя! 4) самъ судья весьма недостовѣрный свидѣтель; чтобы быть таковымъ, онъ долженъ удовлетворять всѣмъ формальнымъ условіямъ, гарантирующимъ достовѣрность свидѣтельскихъ показаній; выполненіе ихъ вызвало бы курьезныя явленія, напр., при присягѣ, при напоминовеніи о значеніи ея, при допросѣ самого себя, при примѣненіи правилъ о порядкѣ въ допросѣ нѣсколькихъ свидѣтелей и т. д. Хотя, конечно, запрещеніе пользоваться собственными знаніями, добытыми помимо заявленія сторонъ, нужно понимать весьма формально; если судья разъ знаетъ данный фактъ, то заставить его забыть этотъ фактъ—невозможно. Въ виду этого оставалось бы одно: предоставить судьѣ на совѣсть устраниться отъ дѣла, въ случаѣ извѣстности ему даннаго факта. Но этимъ зла, проистекающаго отъ рѣшенія дѣла по собственному знанію не устранить, вслѣдствіе невозможности контролировать судью. Смыслъ запрещенія рѣшать дѣло на основаніи conscientia весьма формаленъ. Заключается онъ въ томъ: 1) чтобы судья, если законъ требуетъ указанія въ рѣшеніи на доказательства, не упоминалъ бы объ этой concientia; 2) чтобы онъ не попиралъ процессуальныхъ правъ противника стороны, въ пользу которой говоритъ извѣстный ему фактъ и 3) главное, этимъ запрещеніемъ возлагается на судью болѣе нравственная обязанность отрѣшиться отъ извѣстности ему даннаго факта.

Изъ положенія, которымъ мы занимаемся допускаются два исключнія: 1) факты общеизвѣстные, т.-е. факты, о существованіи коихъ судья самъ знаетъ помимо стороны, напр., пожаръ, извѣстный всему городу, война, извѣстная всему народу и т. д. Мнѣніе Ветцеля, что общеизвѣстные факты даютъ основаніе исключеніямъ изъ двухъ упомянутыхъ положеній состязательнаго начала: ne procedat... и judex judicare... совершенно вѣрно. Первое исключеніе заключается въ

[1]) Endemann, н. с. стр. 366.

томъ, что, хотя на эти факты и указываютъ стороны, но судья самъ ex officio добываетъ о нихъ свѣдѣнія; доказательства ихъ не требуется [1]); второе же—въ томъ, что судья строитъ на нихъ свое рѣшеніе, какъ на фактахъ, извѣстныхъ ему помимо тяжущихся [2]). 2) Другое исключеніе касается юридическихъ нормъ —судъ знаетъ законы, примѣнимые къ дѣлу и безъ указанія со стороны тяжущихся: jura novit curia. Совершенно послѣдовательно считаютъ это исключеніемъ тѣ ученые, напр., Ветцель [3]), Менгеръ [4]) и др., которые, говоря объ этомъ общемъ положеніи, имѣютъ въ виду весь процессуальный матеріалъ. Дѣйствительно, юридическія нормы, которыми руководствуется судъ, входятъ въ составъ этого матеріала и если къ нимъ не можетъ быть примѣнено общее правило, то они являются исключеніями. Но непослѣдовательны тѣ ученые, напр., Баръ [5]), Рено [6]) и др., которые говорятъ, что общее положеніе это касается однихъ фактовъ, и какъ на исключенія указываютъ на юридическія нормы; норма—не фактъ, въ смыслѣ гражданскаго процесса; и та и другой входятъ въ составъ процессуальнаго матеріала, какъ два, совершенно различныхъ элемента.

Наконецъ, четвертое положеніе выражается такъ: ne eat judex ultra petita partium. Ветцель понимаетъ это такъ: судья въ рѣшеніи не выходитъ за предѣлы требованія истца. Отсюда слѣдуетъ, что судья не можетъ присудить: 1) болѣе того, о чемъ истецъ проситъ; 2) нѣчто другое, не то, о чемъ онъ проситъ, но 3) судья можетъ присудить менѣе этого [7]). Прежде чѣмъ перейти къ разсмотрѣнію этихъ случаевъ, замѣтимъ, что другіе процессуалисты, напр., Рено [8]) и Баръ [9]) понимаютъ это положеніе шире, говоря, что судья не можетъ присудить сторонѣ, т.-е. истцу и отвѣтчику, болѣе, чѣмъ то, о чемъ они вообще просили судъ. Это расширеніе имѣетъ важное значеніе въ вопросѣ о присужденіи судебныхъ издержекъ; они могутъ быть присуждены лишь по просьбѣ *стороны*, а не непремѣнно истца, но и отвѣтчика, ибо и послѣдній можетъ быть стороной оправданной. Его просьба направлена на оправданіе, не болѣе; присужденіе издержекъ лежитъ за предѣломъ этой просьбы. Итакъ: 1) судъ не можетъ присудить больше, чѣмъ сторона проситъ; но это положеніе сливается со вторымъ: 2) судъ не можетъ признать за стороною не то, что она проситъ; сліяніе это логически очевидно: судъ, присуждая больше просимаго, на самомъ дѣлѣ присуждаетъ не то; то, что больше просимаго, также, какъ и не то, о чемъ просятъ (другое), одинаково лежитъ за предѣлами просьбы. Оба эти положенія, какъ я уже имѣлъ случай указать, вытекаютъ изъ существа гражданскихъ правъ. Спрашивается, допустимы ли исключенія изъ этого правила? Вопросъ спорный, даже въ средѣ приверженцевъ состязательнаго начала; они въ одномъ лишь сходятся, а именно, что исправленіе ошибокъ въ просьбѣ самимъ судомъ, болѣе точное и вѣрное формулированіе имъ требованія не является исключеніемъ, хотя бы и могло казаться, что, благодаря этому исправленію, судъ присудилъ больше, чѣмъ требовалось [10]); лишь бы это только казалось, а не было въ самомъ дѣлѣ! Нѣкоторые ученые признаютъ дѣйствительныя исключенія относительно: 1) су-

---

[1]) Wetzel, н. с. стр. 518.
[2]) Ibid. стр. 520.
[3]) Ibid. стр. 521.
[4]) Menger, н. с. стр. 293.
[5]) Bar, н. с. стр. 562.
[6]) Renaud, н. с. стр. 183.
[7]) Wetzel, н. с. стр. 919.
[8]) Ronaud, н. с. стр. 121.
[9]) Bar, н. с. стр. 562.
[10]) Menger, н. с. стр. 300. Renaud, н. с. стр. 183.

дебныхъ издержекъ и 2) плодовъ (въ юридическомъ смыслѣ) вещи; о присужденіи ихъ нѣтъ надобности просить судъ—онъ это дѣлаетъ ex officio. Но ученые, признающіе это, стоятъ или на почвѣ положительнаго права [1]) или на почвѣ судебной практики [2]). Теоретическій вопросъ о томъ, требуется ли для присужденія судебныхъ издержекъ, произведенныхъ стороною, особая просьба, или возвратъ ихъ присуждается судомъ, какъ придатокъ къ рѣшенію по главному иску,—долженъ быть рѣшенъ въ послѣднемъ смыслѣ; разрѣшеніе его такъ или иначе обыкновенно обусловлено большею или меньшею привязанностью ученыхъ къ состязательному началу, которое не требуетъ ихъ присужденія безъ особой просьбы. Потому-то понятно, что, съ одной стороны, нѣмцы, приверженцы этого начала, напр., Ветцель [3]), Рено [4]), Байеръ [5]) и др., и, съ другой стороны, французскіе ученые, напр., Боньe [6]), Буатеръ [7]), Мурлонъ [8]) и др., не находящіе въ своемъ кодексѣ прямого спеціальнаго опредѣленія, но въ виду высказаннаго тамъ общаго положенія (Code de pr. c. Art. 480) требуютъ особой просьбы объ этомъ. Что касается плодовъ вещи, т.-е. приращеній (естественныхъ плодовъ, процентовъ и пр.), то въ настоящее время весьма немногіе ученые еще признаютъ за судомъ право присужденія ихъ [9]) вмѣстѣ съ присужденіемъ вещи, къ которой они относятся, безъ особой просьбы стороны. Основываются они обыкновенно на томъ, что какъ плоды къ вещи, такъ и требованіе плодовъ къ требованію вещи находятся въ отношеніи придаточной вещи къ главной вещи, а потому на основаніи заявленнаго требованія послѣдней можно предположить о требованіи первой. Противъ этого можно возразить, что 1) этимъ доводомъ ничего не доказывается; отношеніемъ вещей какъ главной къ придаточной еще не доказывается тѣсная связь между ними — этотъ аргументъ ничто иное, какъ логическое idem per idem; 2) упомянутое предположеніе можетъ и не оправдаться: быть можетъ сторона и не желаетъ получить плоды [10]). Ни то, ни другое исключеніе не можетъ быть допущено по тому соображенію, что сторона можетъ не желать этого. Допустивъ же возможность нежеланія, было бы излишнемъ требовать постановленія в томъ рѣшеніе; судъ былъ бы напрасно обремененъ, ему пришлось бы заводить иногда весьма сложное производство объ издержкахъ и плодахъ не прошенно и какъ бы завѣдомо напрасно.—Я сказалъ выше, что (3) судья можетъ присудить меньше, чѣмъ требовала сторона; это понятно въ виду извѣстной логической аксіомы: in eo, quod plus sit semper inest et minus. Вообще въ кодексахъ объ этомъ считается лишнимъ упоминать. Гражданскій судъ несомнѣнно стремится къ отысканію истины, хотя и относительной, субъективной; присудить отвѣтчика, безъ разбора дѣла, къ тому, къ чему онъ долженъ быть присужденъ по мнѣнію истца,—противно идеи суда, который долженъ содѣйствовать осуществленію *дѣйствительно* нарушенныхъ, *дѣйствительно* существующихъ правъ; и нарушеніе, и право должны быть констатированы (ак-

---

1) Menger, н. с. стр. 300.

2) Endemann, н. с. стр. 368, 513.

3) Wetzel, н. с. стр. 519.

4) Renaud, н. с. стр. 181.

5) Bayer, н. с. стр. 34.

6) Bonnier, Elements de proced. civile p. 101—102.

7) Boitard, Leçons de proc. c. t. 1 p. 236.

8) Mourlon, Repetitions ecr. s. le C. d. proc. c. p. 125.

9) Martin, Lehrb. des gem. d. Proc. § 40. Heffter, System des röm. und. deutsch. Civil proc. 261 и др.

10) Wetzel, н. с. стр. 519, прим. 35.

тивное и пассивное основанія иска), а для этого судъ долженъ разобрать дѣло. Притязаніе истца заходить за предѣлы его дѣйствительнаго права не должно. Одностороннее, не обоснованное и не доказанное притязаніе не можетъ и не должно быть осуществлено судебнымъ путемъ. Противная сторона выслушивается съ ея доводами. Требованіе истца, обоснованное, доказанное имъ и не обезсиленное противникомъ, опредѣляетъ предѣлы рѣшенія. Если часть этого требованія обоснована и доказана имъ, остальная же часть обезсилена противникомъ, то и рѣшеніе постановляется въ этихъ предѣлахъ, такъ что по объему своему это рѣшеніе менѣе требованія заявленнаго истцомъ. Едва ли также нужно останавливаться на одномъ изъ главнѣйшихъ и очевидныхъ выводовъ изъ положенія ne eat. judex... а именно, что истецъ по данному дѣлу, на основаніи возраженія, не можетъ быть обвиненъ [1]). При разсмотрѣніи первоначальнаго и встрѣчнаго исковъ первоначальный истецъ хотя и можетъ быть обвиненъ, но какъ встрѣчный отвѣтчикъ. Самое большее, — истцу можетъ быть отказано въ искѣ [2]); противное выходило бы за предѣлы требованія его: онъ просилъ объ обвиненіе отвѣтчика, а не объ обвиненіи самого себя.

Шмидтъ приводитъ еще такое положеніе состязательнаго начала: audiatur et altera pars [3]). Это имѣетъ тоже весьма важное значеніе въ занимающемъ насъ вопросѣ. Всѣ процессуалисты видятъ въ немъ особое самостоятельное начало, стоящее рядомъ съ началомъ состязательнымъ. Не отрицая того, что оно проходитъ сквозь весь процессъ, какъ самостоятельный принципъ, оно одною своею стороною является положеніемъ, въ которомъ выражается состязательное начало; а именно, возлагаемая на судъ обязанность выслушивать противника указываетъ на то, что обязанности этой противупоставляется право стороны предъявлять свои доводы, право, въ которомъ именно отражается автономія тяжущихся; это не обязанность ихъ,—никто ихъ принудить къ этому не можетъ. Еслибы суду было предоставлено только право выслушивать противника, то этимъ бы возлагалось на сторону соотвѣтствующая этому праву обязанность—приводить возраженія, что было бы противно началу личной автономіи тяжущихся, началу состязательному.

Таково господствующее построеніе ученія о проявленіи состязательнаго начала въ гражданскомъ процессѣ. Формулировано оно, какъ мы видѣли, въ четырехъ положеніяхъ, и затѣмъ указаны исключенія изъ него, имѣющія, быть можетъ, характеръ слѣдственный, характеръ ограниченія автономіи тяжущихся. Противъ господствующаго построенія можно сдѣлать слѣдующія возраженія: 1) Прежде всего, средневѣковыя формулы, которыя выражаютъ положенія состязательнаго начала, весьма неполны и отчасти невѣрны. Формулы эти до того вкоренились въ наукѣ, что, не смотря на общее признаніе недостатковъ ихъ, ими продолжаютъ пользоваться, имъ придаютъ болѣе удовлетворительный смыслъ, выходящій за предѣлы буквальнаго; но это приданіе имъ техническаго смысла порождаетъ чрезвычайное разногласіе въ средѣ истолкователей ихъ. 2) Господствующее построеніе страдаетъ чрезмѣрною общностью группъ и категорій. Процессуальный матеріалъ слагается изъ множества весьма своеобразныхъ частей, своеобразный характеръ которыхъ обусловливаетъ собою различное отношеніе къ нимъ суда, т.-е. различіе въ примѣненіи состязательнаго начала; напр., второе положеніе, какъ мы видѣли, имѣетъ весьма разнообразное примѣненіе, смотря по тому, идетъ ли рѣчь о формальной дѣятельности суда или о представленіи обосновывающихъ фактовъ и доказательствъ, или о мате-

---

[1]) Ibid. стр. 520.

[2]) Хотя въ 2 ч. X т. Свода зак. и часто говорится объ обвиненіи истца въ искѣ, но это означаетъ отказъ въ искѣ.

[3]) Schmid, н. с. т. I, стр. 474.

ріально-правовыхъ и процессуальныхъ притязаніяхъ и о какихъ изъ числа послѣднихъ. Затѣмъ въ 3) страдая чрезмѣрною общностью группъ, господствующее построеніе примѣнимо только къ неразвитому законодательству; но для законодательства, обстоятельно регулирующаго процессуальныя отношенія, приходится упускать многія своеобразныя черты примѣненія состязательнаго начала. Наконецъ, въ 4) господствующее построеніе лишено столь важной, въ теоретическомъ отношеніи, соразмѣрности частей системы. Какъ пространно ученіе о примѣненіи перваго и второго положенія сравнительно съ ученіемъ о примѣненіи третьяго и даже четвертаго! Поэтому-то истинно драгоцѣннымъ для теоріи процесса было бы такое построеніе ученія, при которомъ можно бы было избѣжать этихъ недостатковъ. Такое построеніе предложено однимъ изъ замѣчательныхъ современныхъ процессуалистовъ, профессоромъ вѣнскаго университета, Менгеромъ [1]).

### 1. *Построеніе ученія о состязательномъ началѣ, предложенное Менгеромъ.*

Хотя, конечно, и противъ построенія Менгера можно высказать не мало основательныхъ возраженій, но по идеи оно заслуживаетъ полнаго одобренія. Менгеръ говоритъ сначала о проявленіи состязательнаго начала въ начатіи процесса, гдѣ онъ сходится съ господствующей доктриной. Затѣмъ онъ переходитъ къ вопросу о проявленіи этого начала въ теченіи процесса и различаетъ два элемента дѣятельности суда: *формальный* (Leitung des Verfahrens) и *матеріальный* (Entscheidung). Дѣйствія, составляющія собою дѣятельность перваго рода, не связаны непосредственно съ конечною цѣлью процесса: окончательнымъ упорядаченіемъ правоотношенія въ судебномъ рѣшеніи и реализаціею права съ помощью принудительнаго исполненія; они касаются внѣшней формы правоваго спора. Характеристическая черта ихъ та, что благодаря имъ только и становится формально возможнымъ совмѣстное дѣйствіе суда и сторонъ, называемое процессомъ. Такъ какъ дѣйствія эти суть существенныя предположенія всякаго судопроизводства, то совершеніе ихъ не можетъ зависѣть отъ усмотрѣнія стороны; судья въ правѣ и обязанъ совершать ихъ ex officio. Дѣятельность эта можетъ быть двухъ родовъ: 1) она можетъ касаться такихъ процессуальныхъ актовъ, которые разсчитаны на непосредственно-совмѣстное дѣйствіе суда и сторонъ; напр., въ судебныхъ засѣданіяхъ дѣйствія эти совершаются судомъ безусловно ex officio [2]); 2) они могутъ слѣдовать за дѣйствіями стороны и затѣмъ вызвать дѣйствія противника; напр., при письменной подготовкѣ отвѣтчикъ подаетъ отвѣтную бумагу, судъ ее пересылаетъ къ истцу, который подаетъ возраженія; тутъ судъ является посредникомъ: онъ получаетъ отвѣтъ, провѣряетъ его со стороны формы, вызываетъ истца для возраженія и т. д. [3]); конечно, и эти дѣйствія исключаютъ произволеніе сторонъ. Рядомъ съ формальною дѣятельностью суда идетъ дѣятельность матеріальная, касающаяся не внѣшней формы производства, а спорнаго матеріальнаго правоотношенія и процессуальнаго правоотношенія. Сюда относится постановленіе судебныхъ рѣшеній всякаго рода, въ обширномъ смыслѣ. Менгеръ, въ виду этой дѣятельности, стоя на почвѣ австрійскаго права, разсматриваетъ отдѣльныя стадіи процесса: инструкціонную, доказательственную и др. Обращаясь къ первой стадіи, онъ, однако, заходитъ и во вторую, такъ

---

[1]) Менгеръ чуть не первый иностранный юристъ, который, слѣдуя сравнительному методу, пользовался и нашимъ уставомъ, относя его къ важнѣйшимъ современнымъ законодательствамъ.

[2]) Мангеръ ссылается на ст. 338 у. г. с.

[3]) Менгеръ ссылается на ст. 259, 265, 266, 269, 270, 275, 277, 317 и 318 уст. г. суд.

какъ стадіи эти во времени не всегда слѣдуютъ одна по окончаніи другой; вторая является вѣрнѣе вставною и притомъ своеобразною формою процесса; собственно обѣ онѣ собою образуютъ разрѣшительную стадію процесса, въ отличіе отъ исполнительной. По общему правилу судья здѣсь связанъ волею сторонъ,—онѣ предлагаютъ ему весь процессуальный матеріалъ. Менгеръ даетъ слѣдующую таблицу частей этого матеріала:

### A. Обоснованіе требованій (Begehren), предъявляемыхъ истцомъ и отвѣтчикомъ.

a) Фактическое обоснованіе.

1 α) Фактическія предположенія матеріально-правовыхъ притязаній истца и отвѣтчика, т.-е. факты, приводимые истцомъ для обоснованія его просьбы объ обвиненіи, отвѣтчикомъ—для обоснованія его просьбы объ оправданіи.

β) Предъявленіе доказательствъ въ подтвержденіе этихъ фактовъ.

2 α) Фактическія предположенія процессуальныхъ притязаній истца и отвѣтчика, т.-е. факты, приводимые ими въ теченіе процесса для обоснованія ихъ процессуальныхъ притязаній.

β) Предъявленіе доказательствъ въ подтвержденіе этихъ фактовъ.

b) Юридическое обоснованіе, т.-е. юридическія нормы, приводимыя сторонами.

### B. Требованія истца и отвѣтчика.

a) Матеріально-правовыя просьбы истца и отвѣтчика.

b) Процессуальныя просьбы истца и отвѣтчика.

Въ каждой изъ частей процессуальнаго матеріала состязательное начало проявляется различно. Въ группѣ A, a, 1, α начало это отражается въ полномъ блескѣ; стороны предъявляютъ всѣ обосновывающіе факты, судья рѣшаетъ на основаніи указанныхъ фактовъ; отсюда два вывода: судъ не предлагаетъ сторонамъ предъявлять тотъ или другой фактъ (ограниченіе права разспроса); judex judicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam. Въ группѣ A, a, 1, β состязательное начало тоже проявляется, но какъ общее правило, съ рядомъ исключеній, напр., судъ ex officio приглашаетъ экспертовъ, назначаетъ осмотръ на мѣстѣ и др. Что касается группы A, a, 2, α, то тутъ Менгеръ различаетъ три подгруппы, въ которыхъ проявленіе состязательнаго начала распредѣляется весьма неравномѣрно: 1) Процессуальное правоотношеніе принадлежитъ къ области публичнаго права, такъ что поддержаніе процессуальнаго порядка несомнѣнно въ интересахъ государства; въ виду этого на судъ прежде всего возлагается обязанность ex officio изслѣдовать и устранять нѣкоторые пороки процесса. Таковъ принципъ, но онъ не исключаетъ въ отдѣльнымъ случаяхъ возможности предъявленія сторонами требованій объ устраненіи этихъ пороковъ, напр., устраненіе судей, отводы по неподсудности и др. Но будетъ ли данный вопросъ возбужденъ ex offiico или по заявленію стороны, судъ дѣйствуетъ независимо отъ стороны. 2) Ко второй подгруппѣ относятся такія обосновывающія притязанія сторонъ факты, которые или а) вовсе не изслѣдуются судомъ, такъ какъ факты эти совершаются на глазахъ самого суда; напр. не требуется особаго изслѣдованія и констатированія со стороны суда факта, обосновывающаго то возраженіе отвѣтчика, что исковое прошеніе не соотвѣтствуетъ установленной формѣ, такъ какъ прошеніе, о которомъ идетъ рѣчь, уже извѣстно суду; или же б) факты эти не изслѣдуются судомъ до поры, до времени; они лишь признаются

имъ по одному заявленію стороны, приводящей ихъ; но основательность этихъ заявленій признается лишь до возраженія противника,—данное процессуальное право временно признается; когда же возраженіе послѣдовало, то судъ разрѣшаетъ его или въ особомъ производствѣ (возраженія, задерживающія процессъ), или вмѣстѣ съ разрѣшеніемъ спорнаго правоотношенія (простыя возраженяі). Примѣромъ этого можетъ служить: предъявленіе иска въ данный судъ; это обосновывается тѣмъ фактомъ, что отвѣтчикъ живетъ въ данномъ округѣ; пока отвѣтчикъ не сдѣлаетъ противъ этого возраженія, фактъ признается судомъ; или, напр., предъявленіе иностранцемъ иска, безъ представленія обезпеченія, обосновывается тѣмъ фактомъ, что онъ туземецъ, и судъ это признаетъ, доколѣ не послѣдуетъ возраженіе со стороны отвѣтчика [1]). Судебное производство начинается лишь тогда, когда это возраженіе будетъ заявлено. Все это производство Менгеръ называетъ Anticipatives Contumatialsystem. Спрашивается, причемъ тутъ состязательное начало? Къ этой группѣ оно примѣняется въ такой же мѣрѣ, какъ и къ разрѣшенію матеріальнаго правоотношенія, причемъ до предъявленія возраженія противника состязательное начало выражается въ свободной ссылкѣ на обосновывающій фактъ, и если противникъ намѣренно не дѣлаетъ возраженія, то—въ свободѣ признанія этого факта на самомъ дѣлѣ быть можетъ и не существующаго. Если же возраженіе имъ сдѣлано, то фактъ обосновывающій это возраженіе,—т.-е. опровергающій фактъ, противуположный тому, который былъ временно признанъ судомъ,—долженъ быть имъ доказанъ на общемъ основаніи. Менгеръ упрекаетъ современныя законодательства, между прочимъ и наше, въ смѣшеніи системы изслѣдованія судомъ ex officio основаній процессуальныхъ притязаній съ установленной имъ системой. Они къ задерживающимъ процессъ возраженіямъ, т.-е. къ такимъ разрѣшаемымъ отдѣльно возраженіямъ, которыми опровергается фактъ, временно признанный судомъ, примѣшиваютъ и такіе, которые возбуждаются ex officio; напр., вопросъ о неподсудности, по современнымъ законодательствамъ, во многихъ случаяхъ долженъ быть возбужденъ судомъ ex officio и можетъ быть возбужденъ стороною въ смыслѣ возраженія противъ подсудности, временно-признанной судомъ по одному заявленію истца. Этого смѣшенія,—говоритъ онъ,—нельзя допустить потому, что эти виды изслѣдованія діаметрально противуположны; противуположность ихъ видна изъ того, что при изслѣдованіи ex officio не требуется импульса стороны, а при изслѣдованіи по установленной имъ системѣ—возраженіе противника есть необходимое условіе дѣятельности суда. При первомъ дѣятельность судьи не зависитъ отъ воли стороны, при второмъ заявленіе стороны ставитъ цѣль и предѣлы дѣятельности суда.—Третья подгруппа ничего особеннаго не представляетъ. Менгеръ внесъ въ нее процессуальные факты, изслѣдуемые также, какъ и спорныя матеріальныя правоотношенія; тутъ судъ не признаетъ временно, до возраженія, никакого обосновывающаго факта, а прежде чѣмъ признать, изслѣдуетъ его, или отдѣльно отъ главнаго дѣла, или вмѣстѣ съ нимъ, на общемъ основаніи, по правиламъ состязательнаго начала. Группа A, a, 2, β не разсмотрѣна Менгеромъ отдѣльно, такъ какъ разрѣшеніе входящихъ въ нее вопросовъ исчерпано въ изложеніи предыдущей группы. О группѣ A, b онъ лишь говоритъ, что тутъ примѣняется правило *jura novit curia*, съ его безусловными послѣдствіями. Къ группѣ B, a, примѣняется состязательное начало въ полномъ его объемѣ; тутъ Менгеръ изслѣдуетъ положеніе ne eat judex ultra petita partium [2]). Что касается группы B, b то Менгеръ раздѣ-

---

[1]) Менгеръ ссылается на ст. 571 уст. гр. суд.

[2]) Какъ на новое, болѣе обширное примѣненіе этого начала слѣдуетъ указать на мысль

ляетъ распоряженія суда на двѣ категоріи; къ одной изъ нихъ онъ относитъ такія распоряженія, которыя являются необходимымъ условіемъ движенія процесса; исходятъ они отъ суда ex officio, напр., примѣненіе такой формы процесса, выборъ которой не можетъ быть поставленъ въ зависимость отъ воли сторонъ. Другія распоряженія суда не являются необходимымъ условіемъ движенія процесса и дѣлаются судомъ по просьбѣ стороны, напр., распоряженіе объ обезпеченіи иска. Таковы существенныя части построенія Менгера. Несмотря на нѣкоторые недостатки его, оно является все-таки лучшимъ изъ всѣхъ существующихъ построеній, и насколько оно свободно отъ этихъ недостатковъ, настолько мы воспользуемся имъ при предлагаемомъ построеніи ученія о состязательномъ началѣ.

*2. Построеніе ученія о состязательномъ началѣ по актамъ проявленія личной автономіи тяжущихся.*

Здѣсь мы представимъ лишь бѣглый очеркъ принятаго нами построенія, такъ какъ одни изъ вопросовъ уже разсмотрѣны при изложеніи господствующей доктрины, другіе же будутъ разсмотрѣны при изложеніи догматическаго матеріала. Прежде всего состязательное начало проявляется 1) въ начатіи процесса, т.-е. примѣняется положеніе nemo judex sine actore. Затѣмъ 2) оно проявляется въ осуществленіи притязаній сторонъ и прежде всего въ свободѣ осуществленія матеріально-правовыхъ притязаній и затѣмъ въ свободѣ осуществленія процессуальныхъ притязаній, которыя могутъ быть двухъ родовъ: а) притязанія, направленныя на то, чтобы судъ дѣйствовалъ согласно нормальному ходу процесса и б) притязанія, чтобы онъ дѣйствовалъ, отступя отъ нормальнаго хода процесса. Осуществленіе этихъ послѣднихъ притязаній сторонъ предполагаетъ со стороны суда формальную дѣятельность его; къ дѣятельности этой относятся: α) акты, разсчитанные непосредственно на совмѣстное дѣйствіе суда и сторонъ, и β) акты, въ которыхъ судъ является посредникомъ между тяжущимися. 3) Состязательное начало проявляется въ свободѣ обоснованія притязаній сторонъ, т.-е. въ проведеніи фактовъ съ цѣлью обоснованія притязаній сторонъ. Въ виду того, что притязанія эти могутъ быть матеріально-правовыя и процессуальныя, состязательное начало проявляется различно, идетъ ли рѣчь о томъ или другомъ видѣ этихъ притязаній. 4) Состязательное начало проявляется и въ доказываніи обосновывающихъ фактовъ, т.-е. въ приведеніи доказательствъ существованія или несуществованія этихъ фактовъ; и тутъ имѣетъ значеніе различіе матеріально-правовыхъ и процессуальныхъ притязаній. Что касается обоснованія притязаній юридическими нормами и доказыванія этихъ нормъ, то къ нимъ состязательное начало не примѣняется. 5) Состязательное начало примѣняется и въ опредѣленіи предѣловъ и силы судебнаго рѣшенія, т.-е. какъ въ опредѣленіи границъ, далѣе которыхъ судья, постановляя рѣшеніе, идти не можетъ, такъ и въ опредѣленіи способности рѣшенія ставить спорное между сторонами право внѣ сомнѣнія. Наконецъ 6) состязательное начало проявляется въ свободной реализаціи результатовъ процесса, т.-е. отъ стороны, въ пользу которой постановлено рѣшеніе, зависитъ приведеніе его въ исполненіе.

---

Клейнъпрота (Processualische Consumption und Rechtskraft) весьма обстоятельно развитую Миловидовымъ въ н. с. его, а именно, что „состязательное начало должно ложиться въ основаніе вопроса о *силѣ* судебнаго рѣшенія“.

# ОТДѢЛЪ II.

## Состязательное начало гражданскаго процесса въ русскомъ законодательствѣ.

## ГЛАВА I.

### Историческій очеркъ проявленія состязательнаго начала въ русскомъ гражданскомъ процессѣ до изданія Свода законовъ.

Въ этомъ очеркѣ мы въ самой сжатой формѣ изложимъ русскій гражданскій процессъ до Свода, съ точки зрѣнія состязательнаго начала, причемъ сначала разсмотримъ процессъ временъ великокняжескихъ, затѣмъ временъ царскихъ и наконецъ временъ императорскихъ до Екатерины Великой, оставляя въ сторонѣ послѣдующую эпоху, такъ какъ законодательство эттой эпохи, безъ существенныхъ измѣненій перешло въ Сводъ.

1) *Процессъ временъ великокняжескихъ.* Въ древнѣйшую эпоху нашей исторической жизни государство не задавалось какими-либо сложными общественными и политическими задачами. Первые князья, о которыхъ упоминается въ лѣтописи, должны были возстановить порядокъ; они должны были устранить ту неурядицу, которую лѣтописецъ характеризуетъ словами: „возста родъ на родъ и быша усобицы многи". Князья на первыхъ же порахъ направили свои усилія на то, чтобы ограничить опредѣленными случаями самозащиту лицъ, права которыхъ были нарушены, — на то, чтобы ограничить личную месть. Изъ всей массы правонарушительныхъ дѣйствій одни могли влечь за собою личную расправу, другія влекли за собою судъ. Князья назначали изъ своей дружины „*мужей*", правителей областей и городовъ. Ихъ судебная власть въ дѣлахъ гражданскихъ de facto отдѣлялась отъ самаго суда и носила на себѣ характеръ чисто административный [1]). Они были скорѣе блюстителями тишины и порядка, чѣмъ судьями; они заботились о томъ, чтобы личная месть ограничивалась отведенными ей предѣлами; они взыскивали пени съ нарушителей порядка; самый же судъ, говоритъ проф. Кавелинъ, т. е. произнесеніе приговора о томъ, что право и что не право, принадлежалъ общинѣ или городу. Такъ что судомъ они завѣдывали только въ отношеніи финансовомъ и административномъ [2]). Обращая вниманіе на судъ, какъ на источникъ дохода, говоритъ проф. Михайловъ, князья ставили при судахъ своихъ тіуновъ, отроковъ, вирниковъ для сбора судебныхъ пошлинъ; самое же производство разбора и отысканіе истины въ спорномъ дѣлѣ предоставлено было усмотрѣнію и дѣятельности самихъ частныхъ лицъ [3]).

Состязательное начало въ древнемъ процессѣ примѣнялось въ широкихъ размѣрахъ именно благодаря пассивному отношенію великокняжеской власти

[1]) Кавелинъ, н. с. стр. 49.

[2]) Ibid, стр. 76.

[3]) Михайловъ, Исторія образованія и развитія сист. русск. гражд. суд. до Уложенія. стр. 23.

къ дѣламъ судебнымъ. Такъ, начатіе процесса зависѣло отъ усмотрѣнія самаго лица пострадавшаго. По Русской Правдѣ процессъ начинался всегда обвиненіемъ, поклепамъ; нѣтъ жалобы,—нѣтъ и дѣла [1]). И это относилось ко всѣмъ правонарушеніямъ, подлежавшимъ судебному разсмотрѣнію. Тоже самое мы видимъ и въ другихъ памятникахъ законодательства, напр., въ Псковской Судной Грамотѣ: судъ по дѣламъ гражданскимъ начинался искомъ или жалобою истца на опредѣленнаго отвѣтчика [2]). Разъ предъявленный искъ могъ быть взятъ обратно. Тоже самое находимъ и въ Новгородской Судной Грамотѣ: тяжбы и иски начинались по волѣ истца, объявленной въ судѣ и т. д. [3]). Эти, какъ и другія судныя, а также и уставныя грамоты оказали весьма существенное вліяніе на дальнѣйшее развитіе нашего процесса; конечный результатъ этого вліянія выразился въ отдѣленіи гражданскихъ правонарушеній отъ уголовныхъ, и слѣдовательно, въ ограниченіи принципа автономіи пострадавшаго. Это очевидно указываетъ уже на зарожденіе сознанія государственною властью общественныхъ и политическихъ интересовъ. Прежде всего это выразилось въ розыскѣ воровъ и разбойниковъ [4]), въ наказаніи укрывательства [5]), въ преслѣдованіи воровъ безъ жалобы обиженнаго [6]) и т. д. Въ дѣлахъ же гражданскихъ, т.-е. въ правонарушеніяхъ, не связанныхъ съ насиліемъ, граматы требуютъ предъявленія иска со стороны пострадавшаго. Великокняжескій Судебникъ Іоанна III сохранилъ въ цѣлости это начало, причемъ количество правонарушеній, въ которыхъ видно нарушеніе общественнаго интереса и преслѣдованіе которыхъ исходило отъ самаго государства, значительно увеличено. По отношенію къ нимъ впервые (безусловно) частное требованіе истца уступило мѣсто требованію государства [7]).— Вообще въ великокняжескую эпоху нетолько начатіе процесса, но и вся процессуальная дѣятельность суда существеннымъ образомъ обусловливалась дѣятельностью сторонъ. Древній судъ, какъ основательно выразился г. Дмитріевъ, былъ правильный бой между противниками [8]). И дѣйствительно, что касается Русской Правды, то, насколько можно судить по отрывочнымъ свѣдѣніямъ, судъ стоялъ въ сторонѣ при розысканіи истины, истецъ былъ предоставленъ вполнѣ самому себѣ. Извѣстныя оригинальныя учрежденія нашего древняго быта—закличъ и сводъ—могутъ служить яснымъ отраженіемъ взглядовъ той эпохи на отношеніе дѣятельности суда къ дѣятельности сторонъ въ процессѣ. Даже отысканіе отвѣтчика возлагалось на самихъ частныхъ лицъ [9]); судъ допрашивалъ ихъ и свидѣтелей,—говоря языкомъ нашего времени, пользовался правомъ допроса, опроса; судебное состязаніе весьма рельефно изображено извѣстнымъ выраженіемъ: „слово противу слова“ [10]). Доказательства предъявлялись самими тяжущимися [11]), что, напр., видно изъ извѣстной статьи о кро-

---

[1]) Мстиславскій, О поклепной вѣрѣ или понятіе объ обвинительномъ процессѣ по Р. Пр., въ Русск. Бес. 1858 г. кн. 3, стр. 114. Авторъ до того увлекся оптимизмомъ насчетъ древняго нашего юридическаго быта, что нашелъ въ судахъ и адвокатовъ, и прокуроровъ (стр. 121). Даже редакція Р. Бес. сконфузилась и снабдила статью оговорками.

[2]) Энгельманъ, Системат. изложен. гражд. законовъ Псковской Судн. Грам., стр. 120.

[3]) Пановъ, Изслѣд. о Новгор. С. Гр. въ Сб. ст. Спб. унив. 1857 г. в. 1, стр. 262.

[4]) Кавелинъ, Реценз. на соч. Михайлова. Собр. соч. т. 1, стр. 145.

[5]) Михайловъ, Истор. р. пр. стр. 184 (Двинскія С. Г.)

[6]) Энгельманъ, н. с. стр. 121 (Псковскія С. Г.)

[7]) Владимірскій-Будановъ, Христ. по ист. р. пр. т. 2, стр. 70, пр. 10.

[8]) Дмитріевъ, Истор. судебн. инст. стр. 218.

[9]) Михайловъ, Истор. р. пр. стр. 88.

[10]) Владимірскій-Будановъ, Хр. т. 1 стр. 49, пр. 31.

[11]) Энгельманъ, н. с. стр. 121.

вавомъ мужѣ: „видока емоу не *искати*“ или „*привести* емоу видока“. Но рѣшительное отступленіе мы находимъ въ Правдѣ отъ положенія judex judicare debet... non secundum conscientiam: роль судьи иногда сливалась съ ролью свидѣтеля. Такъ, если должникъ отпирался отъ долга, то кредиторъ долженъ былъ представить 12 свидѣтелей, подтверждающихъ существованіе долга; эти свидѣтели, „послухи“ заключенной сдѣлки были въ тоже время и судьями—они же и постановляли рѣшеніе [1]). Относительно зависимости рѣшенія отъ предъявленныхъ истцомъ требованій, хотя свѣдѣній въ Правдѣ не имѣется, но что эта зависимость, по крайней мѣрѣ какъ правило, существовала—есть основаніе предполагать, судя по общему характеру процесса. Двинская и Псковская Судныя Граматы въ дѣлахъ гражданскихъ придали большую самостоятельность дѣятельности суда, чѣмъ Русская Правда. Отысканіе отвѣтчика, изготовленіе позовницы, выдача бесудной граматы, наличность въ судѣ нѣсколькихъ должностныхъ лицъ и вообще большее регулированіе процесса указываютъ на то, что судъ относился къ процессу далеко не безучастно. Это замѣтно и по отношенію къ вопросу о предъявленіи доказательствъ: когда вслѣдствіе расширенія гражданскихъ отношеній,—говоритъ проф. Энгельманъ,—судебная дѣятельность приняла болѣе обширные размѣры, а вслѣдъ затѣмъ и увеличилось число чиновниковъ, состоящихъ въ распоряженіи суда, то сдѣлалось возможнымъ оказывать тяжущимся пособіе при собираніи ими доказательствъ, разумѣется, сначала только въ самыхъ затруднительныхъ случаяхъ [2]). Псковская Судная Грамата впервые категорически формулировала два основныхъ положенія состязательнаго начала: 1) судъ не можетъ присудить болѣе того, чѣмъ требуетъ истецъ [3]) и 2) рѣшеніе суда приводилось въ исполненіе не иначе, какъ по особой просьбѣ оправданной стороны [4]). Это послѣднее положеніе признано и Новгородскою Судною Граматою въ такомъ видѣ, что сторонамъ давался срокъ для окончанія разсчетовъ согласно судебному рѣшенію; если имъ не удавалось окончить дѣло миролюбиво, то истецъ могъ просить судъ о назначеніи должностнаго лица для приведенія рѣшенія въ исполненіе [5]).

Великокняжескій Судебникъ, желая воспроизвести процессъ, какимъ онъ долженъ быть, въ сущности, воспроизвелъ его въ томъ видѣ, какимъ онъ былъ и раньше. Судебникъ былъ сводомъ, актомъ объединяющимъ: въ немъ сведены положенія мѣстныхъ законодательныхъ актовъ, которые въ свою очередь были ничѣмъ инымъ, какъ дальнѣйшимъ, развитіемъ Русской Правды [6]). И въ немъ изображенъ древне-русскій состязательный процессъ.

II. *Процессъ временъ царскихъ*. Царскій Судебникъ Іоанна IV былъ дополненіемъ великокняжескаго. Гражданскія дѣла начинались по иску частнаго лица; всякій искъ гражданскій могъ быть взятъ обратно и дѣло оканчивалось примиреніемъ [7]). Что касается самаго рѣшенія дѣла, то, какъ и по княжескому судебнику, дьяки составляли судные списки, въ которые вносили каждое слово, сказанное на судѣ. Затѣмъ „положивъ списки передъ судьями“, дьяки дожидались рѣшенія суда; тѣхъ частей иска, которыя были признаны отвѣтчикомъ, судъ не касался; судъ полагалъ рѣшеніе только на основаніи

---

[1]) Ibid. стр. 31—32, пр. 19.

[2]) Энгельманъ, н. с. стр. 121.

[3]) Ibid. стр. 120.

[4]) Ibid. стр. 172.

[5]) Владимірскій-Будановъ, т. 1, стр. 200.

[6]) Михайловъ, Ист. разв. и обр. с. р. гр. суд. 35, 36.

[7]) Владимірскій-Будановъ, т. 2 ст. 70, пр. 10.

доказательствъ, представленныхъ сторонами [1]) и т. д. Словомъ и въ немъ состязательное начало было положено въ основаніе процесса. По Уложенію 1649 года судъ никогда не открывался по произвольному назначенію или предписанію судьи, но всегда по просьбѣ истца [2]): „подачею приставной памяти", т.-е. письменнаго объявленія о вчинаніи иска [3]). Затѣмъ, судья назначалъ время, когда долженъ былъ начаться судъ; на самомъ судѣ руководилъ состязаніемъ сторонъ, приводившихъ свои основанія [4]). Требованіе, признанное отвѣтчикомъ, не подлежало разсмотрѣнію суда [5]). Доказывать и опровергать искъ было дѣломъ самихъ тяжущихся; они отыскивали и приводили доказательства въ свою пользу. Если какія либо доказательства были ими пропущены умышленно или неумышленно, судья не напоминалъ имъ объ этомъ; онъ могъ не принимать предъявленнаго доказательства, но не былъ въ правѣ приводить вмѣсто него другое, ни въ пользу истца, ни въ пользу отвѣтчика; онъ рѣшалъ спорное дѣло на основаніи только тѣхъ доказательствъ, которыя были пріисканы самими тяжущимися [6]); онъ опредѣлялъ силу и дѣйствительность доказательствъ, исчерпывалъ представленныя доказательства, удостовѣрялся въ подлинности приводимыхъ доказательствъ [7]), но не могъ возбудить вопроса о подлинности акта: это было дѣло самихъ тяжущихся (это называлось *оболживить*, *полживить* крѣпость) [8]). Рѣшеніе приводилось въ исполненіе по желанію стороны оправданной: правая грамота давалась не иначе, какъ по просьбѣ самихъ тяжущихся [9]).

*III. Процессъ временъ императорскихъ.* Реформа Петра Великаго—поворотный пунктъ въ исторіи проявленія состязательнаго начала. Въ началѣ перваго отдѣла я упомянулъ о вліяніи характера государственной власти, какъ опекунской, на строй гражданскаго процесса. Я привелъ въ примѣръ прусскій уставъ 1793 года, какъ кодексъ, созданный подъ вліяніемъ этого опекунскаго воззрѣнія, стѣснявшаго автономію тяжущихся до чрезвычайной степени. Замѣчательно сходство въ воззрѣніяхъ на власть государственную и на подданныхъ Фридриха Великаго и Петра Великаго—замѣчательно и сходство созданнаго ими процессуальнаго законодательства. Вотъ что говоритъ Гансъ о первомъ: Фридрихъ Великій называлъ себя слугою государства, между тѣмъ онъ былъ самодержавнымъ и абсолютнымъ монархомъ; онъ создалъ опекунскій образъ правленія въ томъ смыслѣ, что призналъ власть свою подчиненною и служебною; по его мнѣнію она должна была стремиться къ достиженію той цѣли, ради которой она существуетъ. Созданные имъ законы и учрежденія основаны на той мысли, что слѣдуетъ заботиться о матеріальномъ благѣ и возрастающемъ духовномъ развитіи народа; но онъ не допускалъ того, чтобы народъ когда либо сталъ самостоятельнымъ, чтобы тѣми заботами, тѣмъ попеченіемъ, которыя принимаетъ на себя государство, народъ когда либо могъ самъ себя окружить [10]). Нельзя ли тоже самое сказать и о Петрѣ Великомъ? Какъ Фридриху, такъ и Петру можно простить всякую ошибку; они исходили изъ патріотическихъ побужденій и до такой степени

---

[1]) Михайловъ, Рус. гр. суд. стр. 127, его же ист. р. пр. 22, 75, 276, 283, 284.
[2]) Кавелинъ, н. с. стр. 114.
[3]) Ibid, стр. 129.
[4]) Ibid. стр. 170.
[5]) Михайловъ, Р. гр. пр. стр. 127.
[6]) Кавелинъ н. с. стр. 115.
[7]) Ibid стр. 183.
[8]) Ibid. стр. 170.
[9]) Ibid. стр. 202.
[10]) Gans, н. с. стр. 479.

были увлечены ими, что забыли, что имѣютъ дѣло съ народомъ, который растетъ и, наконецъ, рано или поздно, долженъ дорости до самостоятельности. Воззрѣнія обоихъ монарховъ одинаково отразились на созданномъ ими гражданскомъ процессѣ; какъ прусскому судьѣ, по уложенію 1793 года, такъ и русскому, по закону 1697 г., придано значеніе не только судьи, но и защитника и опекуна тяжущихся; на него возложена была обязанность разъисканія истины; онъ учавствовалъ въ собираніи доказательствъ [1]); сами тяжущіеся, хотя и не стояли совсѣмъ въ сторонѣ, какъ въ уголовномъ слѣдственномъ процессѣ, но благодаря тому, что судья радѣлъ о пользѣ тяжущихся личная самостоятельность ихъ была крайне стѣснена. Достаточно указать, что для блага самого же отвѣтчика, его подвергали аресту: въ силу закона 24 декабря 1699 года отвѣтчикъ, не предъявившій въ свою защиту на судѣ никакихъ возраженій сажался подъ арестъ при приказѣ на 7 дней и если затѣмъ все-таки не желалъ защищаться, то его обвиняли въ искѣ [2]). Въ этомъ ясно видна чрезмѣрная забота государства о благѣ частныхъ лицъ. Для обвиненія въ искѣ еще недостаточно уклоненіе отъ защиты. Лицо не желающее или не имѣющее возможности защищаться, вынуждается къ тому карательными мѣрами! Петръ Великій ввелъ розыскъ въ гражданскій процессъ. Розыскъ этотъ по Воинскому Процессу производился по отобраніи допроса отъ истца и отвѣтчика: „судъ долженъ былъ разыскивать отвѣты и доказательства". Я не стану входить здѣсь въ разрѣшеніе спорнаго вопроса, былъ ли это тотъ же самый розыскъ, какой былъ введенъ Петромъ въ уголовный процессъ; замѣчу лишь, что слова закона 1697 года: „быть вмѣсто суда и очныхъ ставокъ розыску"—въ устахъ великаго императора звучатъ слишкомъ категорично, чтобы придавать имъ ограниченный смыслъ. На практикѣ уголовный розыскъ съ пытками и пр. къ дѣламъ гражданскимъ то примѣнялся, то непримѣнялся. Причину послѣдняго одни видятъ въ томъ, что дьяки наши, воспитанные на началахъ древняго процесса, сознательно продолжали дѣйствовать въ духѣ послѣдняго [3]), другіе—въ томъ, что дьяки дѣйствовали такъ по необходимости, затрудняясь новыми формами процесса [4]). Неурядица въ практикѣ, вызванная введеніемъ розыска, дошла до свѣдѣнія Петра; онъ, какъ истинный геній, сознальъ свою ошибку и спустя 26 лѣтъ съ изданія упомянутаго закона отмѣтилъ его и ввелъ не новый, а тотъ же искони русскій строго состязательный процессъ. Опять съ полною категоричностью Петръ говоритъ: „не подлежитъ различать одинъ судъ, другой розыскъ, а токмо одинъ судъ". Это-то и былъ „судъ по формѣ, установленный указомъ 1723 года", сохранившійся въ силѣ до судебной реформы, до 1864 года. Хотя законъ 1723 года былъ весьма кратокъ и носилъ на себѣ несомнѣнный отпечатокъ своего мотива: искорененія злоупотребленій со сторовы суда,—почему и опредѣленія его касаются болѣе формальной стороны процесса,—тѣмъ не менѣе онъ возродилъ начала состязательнаго процесса. Но понятно само собой, что произведенная имъ контръ-реакція въ проявленіи состязательнаго начала, помѣшала вполнѣ послѣдовательному проведенію его: розыскъ былъ отмѣненъ, судья рѣшалъ дѣло на основаніи судныхъ рѣчей, занимая объективное положеніе, но... онъ самъ могъ собирать справки по дѣлу, т.-е. дополнять его свѣдѣніями, не представленными тяжущимися. Не опредѣливъ предѣловъ права суда собирать

1) Михайловъ, Ист. обр. и разв. с. р. гр. с. стр. 41—42.
2) Его же, Рус. гр. суд. стр. 107.
3) Ibid. стр. 118.
4) Кавелинъ, н. с. стр. 285—286.
5) Морошкинъ, Рѣчь объ улож. стр. 57. Михайловъ, Р. гр. пр. стр. 42.

эти справки, не опредѣливъ даже, чего собственно они должны касаться, законъ, повидимому, открылъ произволу широкую дорогу. Но едва ли это было такъ; есть основаніе усомниться, и вотъ почему: розыскъ къ гражданскому процессу не прививался, такъ какъ судьи привыкли къ состязательному началу; эта-то привычка, это-то сознаніе суда, что ему не слѣдуетъ предъявлять ни своихъ новыхъ требованій, ни своихъ новыхъ доказательствъ дѣлали безопаснымъ самое собираніе справокъ; они ограничивались, вѣроятно, только тѣми случаями, когда стороны, если не прямо этого требовали, то наводили судъ на это. Замѣтимъ, что признанное Петромъ право суда собирать справки оказало дурное вліяніе лишь спустя цѣлое столѣтіе, но объ этомъ рѣчь впереди. Какъ Петръ признавалъ за судомъ право собирать справки и тѣмъ внесъ рядъ недоразумѣній въ позднѣйшее законодательство по вопросу о предъявленіи доказательствъ, такъ и Екатерина II раздѣленіемъ процесса на спорный и безспорный, возложеніемъ на администрацію обязанности при обращеніи безспорнаго дѣла въ спорное отсылать тяжущихся въ судъ, внесла рядъ недоразумѣній по вопросу о начатіи процесса. „Намѣстническое управленіе, говорится въ учрежденіи о губерніяхъ 1775 года, при обращеніи безспорнаго дѣла въ спорное, отсылаетъ спорящихъ для разобранія въ то мѣсто, куда надлежитъ“ (ст. 97), или „Земскій капитанъ“ даетъ знать уѣздному суду, „къ которому просьбу производить дозволяется“ (ст. 243).—Изъ прямого смысла этихъ статей видно, что законодатель отнюдь не посягаетъ на право истца начать процессъ; „отсылка тяжущихся“ и „извѣщеніе суда“ не нарушаютъ начала личной иниціативы истца, а между тѣмъ, какъ увидимъ, эти дѣйствія администраціи, признанныя и Сводомъ законовъ, давали практикамъ, судьямъ основаніе думать, что законъ не требуетъ соблюденія этого начала личной иниціативы истца. Какъ объ Екатерининскомъ, такъ и о послѣдующихъ законодательствахъ мы болѣе говорить не будемъ, такъ какъ тѣ части ихъ, которыя касаются занимающаго насъ вопроса, вошли въ Сводъ законовъ почти цѣликомъ.

## ГЛАВА II.

### Состязательное начало въ русскомъ гражданскомъ процессѣ по 2 ч. X т. Свода зак. изд. 1857 г. и по Уставу гражданскаго судопроизводства.

#### А. Начатіе процесса.

Въ начатіи процесса, какъ мы уже имѣли случай видѣть, состязательное начало проявляется въ томъ, что безъ заявленія истца о желаніи осуществить при содѣйствіи суда свое нарушенное право процессъ не можетъ быть начатъ. Выражается ли это желаніе въ письменной или устной формѣ, это безразлично; главное, чтобы судъ самъ не начиналъ процесса. Въ теоретическія разсужденія мы здѣсь входить не будемъ, такъ какъ теоретически вопросъ этотъ разсмотрѣнъ выше. Обращаясь къ Своду, мы видимъ, что *гражданскія дѣла всегда начинаютсь по иниціативѣ истца*, и это начало проведено, какъ мнѣ кажется, довольно послѣдовательно во всѣхъ главнѣйшихъ формахъ, какъ полицейско-судебнаго, такъ и чистаго судебнаго производства. Разсмотримъ же проявленіе его въ каждой изъ этихъ формъ въ отдѣльности. Что касается безспорнаго полицейскаго производства, то оно выражается въ формѣ суммарнаго производства (исполнительнаго) по обязательствамъ и договоровъ и по искамъ объ обидахъ, убыткахъ и ущербахъ. Къ первой формѣ, уже по существу ея начало *nemo judex* примѣняется вполнѣ:

начинается процессъ по жалобѣ одной изъ участвующихъ сторонъ [1]), относительно-же второй формы можетъ явиться нѣкоторое, хотя и не основательное, сомнѣніе. На основаніи статей 6, 7 и 9 ч. 2 т. X дѣла объ удовлетвореніи обидъ, о вознагражденіи убытковъ и ущербовъ, о возвращеніи имущества отнятаго насильно или взятаго самовольно, а также расправа по дѣламъ о завладѣніи, начинаются въ полиціи или по прошенію обиженнаго или же *по непосредственному ея дѣйствію*. Что это? Неужели эти дѣла исключаютъ иниціативу истца? Это можетъ казаться только съ перваго взгляда. Дѣйствительно, *дѣло*, въ вульгарномъ значеніи этого слова, можетъ начаться въ полиціи ex officio, но гражданскій процессъ (хотя и суммарный) не можетъ. Всѣ перечисленнныя дѣла, какъ видно изъ ст. 4, 6 и 9 суть дѣла такого рода, что предполагаютъ со стороны нарушителя активное дѣйствіе самоуправнаго характера, дѣйствіе, которое должно быть „пресѣчено мѣрами полиціи", т.-е. полиція удерживаетъ лицо отъ дальнѣйшаго посягательства; всѣ эти дѣйствія суть деликты, проступки (лишенные характера преступленія ст. 5), въ смыслѣ нарушенія такихъ правилъ, соблюденіе которыхъ устраняетъ опасность объектамъ людскихъ отношеній [2]); они порождаютъ обязательства, называемыя деликтными; обязательства эти, конечно, защищаются искомъ. То, что здѣсь понимается подъ „дѣломъ", есть ни что иное, какъ 1) полицейскій проступокъ и 2) гражданскій искъ, коимъ защищено обязательство, изъ проступка возникшее. Но полицейскій проступокъне всегда доходитъ до свѣдѣнія полиціи непосредственно; конечно, часто можетъ случиться, что органъ полицейской власти самъ усмотритъ насиліе и самоуправство; тогда конечно не зачѣмъ подавать объ этомъ прошеніе; полицейская власть пресѣкаетъ посягательство, и разбираетъ гражданскій искъ суммарнымъ порядкомъ. И дѣйствительно въ ст. 9 прямо сказано, что безъ прошенія дѣло начинается тогда, когда „полиція, усмотрѣвъ самоуправство и насиліе, по обязанности своей приметъ законныя мѣры къ пресѣченію онаго"; напр. лицо попортило огородъ другого, полиція оказалась случайно на мѣстѣ и непосредственнымъ дѣйствіемъ пресѣкла ему дальнѣйшую возможность порчи; владѣльцу огорода не зачѣмъ подавать особое прошеніе въ полицію (это ужасное слово въ тѣ времена!). При разбирательствѣ того, какъ произошла порча, т.-е. при изслѣдованіи одной фактической стороны дѣла (не касаясь вопроса о правѣ) владѣлецъ заявляетъ требованіе о вознагражденіи. Это случай начатія „дѣла" безъ прошенія. Съ матеріальной точки зрѣнія иниціатива и въ этомъ случаѣ принадлежитъ все-таки пострадавшему; онъ можетъ и не звать на помощь полицію; позвавши, можетъ не брать вознагражденія; но позвавши ее на помощь, онъ тѣмъ самымъ выражаетъ желаніе получить вознагражденіе; вчинаніе гражданскаго иска, возникшаго изъ правонарушенія, въ его власти. Но съ другой стороны, могли быть случаи, когда полиціи и не окажется на мѣстѣ совершенія деликта, или пострадавшій не призываетъ ее на помощь; тогда вчинается имъ искъ въ полиціи. Это случай начатія дѣла подачею прошенія. Съ точки зрѣнія гражданскаго судопроизводства различія между этими случаями нѣтъ: какъ въ томъ, такъ и въ другомъ искъ вчинается по иниціативѣ истца, но въ первомъ случаѣ этому необходимо предшествуетъ дѣйствіе полиціи, направленное къ пресѣченію деликта. Не малымъ доказательствомъ этого можетъ служить и то, что 2 ч. X т., говоря о „производствѣ" безспорныхъ дѣлъ, имѣетъ въ виду лишь одинъ случай, когда дѣло начинается подачею прошенія. Полиція по *принятіи прошенія* отбираетъ... и т. д. говорится въ ст. 21. Еслибы она ex officio начинала дѣло, то или 21 статьѣ былъ бы приданъ

---

[1]) Ст. 3: „по жалобѣ одной изъ сторонъ..." Какъ будто должникъ можетъ вчинать искъ. Ст. 57 начинается такъ: когда представлено ко взысканію и т. д.

[2]) Неклюдовъ, Общ. часть уголов. пр. стр. 5.

болѣе общій характеръ, или была бы изложена особая процедура разбора этихъ дѣлъ; между тѣмъ о дѣятельности полиціи говорится, что она „пресѣкаетъ насиліе“ (ст. 4), что она принимаетъ мѣры къ пресѣченію (ст. 9).—Относительно поссессорныхъ исковъ,—если полиція не пресѣкаетъ завладѣнія непосредственнымъ дѣйствіемъ,—Сводъ прямо требуетъ подачи прошенія, но лишь когда со дня нарушенія прошло менѣе 10 недѣль.—Что касается незначительнаго круга спорныхъ (маловажныхъ) дѣлъ (ст. 4 и 23), подлежащихъ вѣдѣнію полиціи, то дѣла эти не суть дѣла по существу отличныя отъ разсмотрѣнныхъ выше,—они отличаются лишь цѣною иска и тѣмъ, что полиція опредѣляетъ размѣры взысканія, потому и къ нимъ примѣняютъ изложенныя соображенія Это дѣла, производящіяся формально-суммернымъ порядкомъ.—Далѣе, вопросъ объ иниціативѣ истца въ начатіи процесса въ формѣ безспорной, судебной рѣшается весьма просто: судебно-исполнительное производство примѣнялось къ искамъ по обязательствамъ, обезпеченнымъ залогомъ или закладомъ; производство это начиналось, какъ сказано въ законѣ (ст. 11, 12, 13, 30, 48, 49), предъявленіемъ въ судъ просроченныхъ закладныхъ на недвижимое имущество, закладныхъ на движимое имущество и долговыхъ заемныхъ писемъ, обезпеченныхъ закладомъ движимаго имущества. Такъ какъ эти акты находятся въ рукахъ залого- и закладопринимателей и заимодавцевъ, или у ихъ юридическихъ преемниковъ, то и могутъ быть предъявлены только ими. Что касается матеріально-суммарнаго (безъ возбужденія вопроса о правѣ) спорнаго *судебнаго* производства, то оно примѣняется къ поссессорнымъ искамъ, если со времени завладѣнія прошло болѣе десяти недѣль. Объ этихъ искахъ сказано въ 2 п. 757 ст.: *дѣло начинается въ судѣ.... въ случаѣ, когда для принесенія жалобы въ полицію о самоуправномъ завладѣніи будетъ пропущенъ 10-ти недѣльный срокъ*. Но кѣмъ и какъ оно начинается? Изъ п. 2 этого не видно. Сомнѣніе на счетъ примѣнимости къ этому случаю начала nemo judex вкрадывается невольно, глядя на содержаніе 1 п. 757 статьи; статья начинается такъ: „дѣла.... о завладѣніи начинаются въ судебномъ мѣстѣ 1) въ случаѣ подачи исковаго прошенія прямо въ судебное мѣсто: затѣмъ слѣдуетъ п. 2-й. Невольно напрашивается выводъ: если въ 1 п. говорится о подачѣ прошенія, т.-е. объ иниціативѣ истца, а въ п. 2 не говорится, то дѣла, о которыхъ въ немъ идетъ рѣчь (т.-е. поссессорные иски) могутъ быть начаты и помимо иниціативы истца. Слѣдующія соображенія покажутъ, что выводъ этотъ слишкомъ поспѣшенъ. Въ пунктѣ 2-мъ ст. 757 сдѣлана ссылка на 10 и 21 ст. и тѣмъ указывается, что пунктъ 2-й говоритъ о двухъ случаяхъ перехода дѣла за неподсудностью въ судъ или о двухъ случаяхъ пропущенія срока, обусловливающихъ подсудность; эта неподсудность можетъ обнаружиться въ полиціи или при подачѣ просьбы, или независимо отъ того. *1-й случай*: поссессорный искъ вчиненъ въ полицію вмѣсто того, чтобы быть вчиненнымъ въ судъ (такъ какъ срокъ пропущенъ); полиція на основаніи ст. 21 и пересылаетъ прошеніе въ судъ, гдѣ искъ и разсматривается, какъ поссессорный [1]). Случай этотъ, съ точки зрѣнія начала nemo judex, ничѣмъ не отличается отъ случая подачи прошенія истцомъ въ самый судъ; истецъ по ошибкѣ или по какимъ-либо побужденіямъ снесъ свое прошеніе не туда, куда слѣдуетъ; будетъ ли прошеніе это перенесено въ судъ казеннымъ курьеромъ или самимъ истцомъ,—это безразлично; такая пересылка установлена единственно для удобства тяжущихся и не влечетъ за собою никакихъ послѣдствій въ смыслѣ ограниченія ихъ личной автономіи въ процессѣ. Еслибы на судъ, получившій прошеніе, была возложена обязанность ex officio приступить къ разбирательству дѣла, то только въ такомъ случаѣ можно было бы

[1]) А не какъ *петиторный*, который есть искъ вотчинный; не объ этихъ искахъ говоритъ 757 ст.

сказать, что состязательное начало нарушено. Обязанности такой, однако, законъ на него, какъ и по отношенію къ дѣламъ объ обидахъ и ущербахъ, не возлагаетъ. *2-й случай*: посссесорный искъ не былъ вчиненъ въ полицію, онъ по истеченіи срока вчинается въ судъ. Въ ст. 10-й говорится, что пропустившій сей срокъ долженъ начинать свой искъ судебнымъ путемъ; иначе говоря, дѣло о завладѣніи начинается въ судѣ подачею прошенія, когда для принесенія жалобы въ полицію пропущенъ срокъ. Таково содержаніе 2-го пункта ст. 757. Спрашивается: къ чему было разграничивать два способа начатія дѣла (п. 1 и п. 2 ст. 757), когда ни одинъ изъ нихъ не только не исключаетъ другого, а, напротивъ, предполагаетъ его; это особенно очевидно по отношенію ко второму случаю, о которомъ говорится въ пун, 2-мъ. Какимъ образомъ, какъ не подачею прошенія, можетъ быть начато дѣло, когда, не бывъ вовсе въ полиціи или въ другомъ мѣстѣ, оно должно быть произведено судебнымъ порядкомъ по желанію пострадавшаго? Это редакціонная ошибка, 757 ст.,—могущая подать поводъ къ сомнѣнію о примѣнимости ко 2-му случаю, упомянутому во 2-мъ пунктѣ, начала nemo judex,—въ сущности какъ нельзя болѣе гармонируетъ съ хаотичностью юридическихъ понятій редакторовъ этой части Свода. Читая 757 ст., собственникъ завладѣнной вещи долженъ естественно придти къ тому, что если де по пункту первому дѣло можетъ быть начато подачею прошенія, то въ случаѣ, о которомъ говорится во второмъ пунктѣ, дѣло не можетъ быть начато такимъ образомъ. Но, что же дѣлать? Куда же обратиться съ просьбою объ устраненіи завладѣнія? Держась буквальнаго смысла статьи, собственнику придется или вчинить въ судъ петиторный искъ, быть можетъ вовсе для него неудобный, или вчинить въ полицію искъ поссессорный, дабы она за неподсудностью переслала его прошеніе на основаніи 21 ст. въ судъ.—Переходя къ производству тяжебному и исковому, мы видимъ, какъ относительно дѣлъ вотчинныхъ, такъ и исковыхъ, примѣненіе того же общаго начала. Какъ тяжбы, такъ и иски по убыткамъ и ущербамъ и по договорамъ, вчинаются въ судъ: дѣла эти начинаются по исковому прошенію истца (ст. 672, 757, 745). Таково общее начало. Можетъ показаться, что имѣются въ Сводѣ отступленія отъ него, о которыхъ даже упоминается въ самыхъ статьяхъ, изъ которыхъ извлекается это общее начало. Въ дѣлахъ объ обидахъ и ущербахъ, въ силу 22 ст. при возникновеніи спора, полиція пересылаетъ дѣло въ судъ. О дѣлахъ вотчинныхъ въ ст. 672 сказано, что они начинаются не только подачею прошенія, но и пересылкою его изъ какого-либо судебнаго или полицейскаго мѣста. Относительно же дѣлъ по необезпеченнымъ обязательствамъ, въ 745 ст. говорится, что въ случаѣ возникновенія спора при взысканіи въ полиціи, они отсылаются для судебнаго разбирательства въ судъ. И тутъ, „пересылка дѣла" можетъ возбудить сомнѣніе относительно примѣнимости начала nemo judex. Разсмотримъ же существо этой пересылки дѣлъ, о которой говорятъ ст. 22, 745 и 672. Ст. 22 говоритъ о томъ же случаѣ, о которомъ упоминается въ ст. 757; послѣдняя состоитъ изъ трехъ пунктовъ; въ первомъ изъ нихъ выставлено упомянутое общее начало, во второмъ говорится о поссессорныхъ искахъ (уже разсмотрѣнъ нами), третій пунктъ касается процесса обжалованія и попалъ сюда, благодаря неудачной редакціи; въ пунктѣ этомъ воспроизведена ст. 24, въ которой говорится о томъ случаѣ, когда сторона недовольна уже постановленнымъ рѣшеніемъ полицейскаго суда; такъ что остается, собственно, одинъ первый пунктъ, изъ котораго видно, что дѣла объ обидахъ, ущербахъ и убыткахъ начинаются въ судебныхъ мѣстахъ подачею искового прошенія. Если такъ, то положеніе это, какъ единственное, касающееся вчинанія этихъ исковъ, должно относиться къ обоимъ возможнымъ случаямъ возникновенія этихъ дѣлъ, а именно возникновенія ихъ въ полиціи, гдѣ они обратились въ спорныя и возникновенія ихъ въ самомъ судѣ безъ полицейскаго производства,

т.-е. при спорности ихъ въ самомъ началѣ. Особенно характеристиченъ первый изъ этихъ случаевъ. Изъ него видно, какое небольшое значеніе законодательство придаетъ пересылкѣ дѣла изъ полиціи въ судъ. Положимъ начато безспорное дѣло объ обидахъ и ущербахъ въ полицейскомъ судѣ; возникаетъ споръ; дѣло пересылается въ общій судъ; но тамъ оно еще не можетъ начаться, потому что въ силу 1 п. 757 ст. требуется еще подача особаго о томъ прошенія, такъ что въ этомъ случаѣ пересылка дѣла даже не имѣетъ того значенія, какое мы видѣли выше; о нарушеніи ею начала nemo judex не можетъ быть и рѣчи, такъ какъ она сама по себѣ нисколько не обязываетъ судъ приступить къ разсмотрѣнію дѣла. Впрочемъ и въ самой 22 ст., гдѣ говорится объ отсылкѣ дѣла въ судъ, сказано, что полиція *предоставляетъ* спорящимъ разобраться въ судѣ, т.-е. предоставляетъ истцу подать прошеніе (подъ „спорящими" не слѣдуетъ понимать истца или отвѣтчика; ошибочная терминологія въ этомъ случаѣ безвредна, такъ какъ ясно, что отвѣтчику не зачѣмъ начинать направленное противъ него дѣло, прекратившееся въ полиціи и пересланное въ судъ). Что касается исковъ по необезпеченнымъ обязательствамъ, о которыхъ говорится въ 745 ст., исковъ подлежащихъ формально-суммарному, скоро окончательному производству, то и они всѣ сначала начинаются въ полиціи, и въ случаѣ спора пересылаются въ судъ. Каково отношеніе этой пересылки къ началу nemo judex sine actore? Прямо въ законѣ нигдѣ не говорится ни того, что эта пересылка исключаетъ подачу прошенія, ни того, что послѣдняя необходима. Но, съ одной стороны, признанная закономъ необходимость по искамъ объ обидахъ и ущербахъ кромѣ пересылки еще „подачи прошенія", съ другой, то обстоятельство, что въ тѣхъ статьяхъ, въ которыхъ говорится о пересылкѣ дѣлъ объ обязательствахъ изъ полиціи въ судъ, прибавлено: „при отсылкѣ истца съ притязаніемъ въ судъ" (ст. 78 пр. 2), или „при пересылкѣ, о томъ объявляется истцамъ, для зависящихъ отъ нихъ распоряженій (ст. 94) даетъ нѣкоторое основаніе предполагать, что по смыслу законовъ нужно было, несмотря на пересылку дѣла изъ полиціи „*подать прошеніе въ судъ*". Но для нашей цѣли,—для доказательства того, что въ этомъ случаѣ начало nemo judex примѣнялось, даже нѣтъ надобности въ этомъ крайнемъ выводѣ. Выписанныя мною изъ 78 и 94 ст. выраженія, достаточно убѣдительно доказываютъ, что законодатель далекъ былъ отъ желанія стѣснить автономію тяжущихся, что пересылка дѣла отнюдь не связываетъ истца,—онъ могъ самъ продолжать дѣло, быть можетъ и безъ подачи прошенія. Что, наконецъ, касается дѣлъ тяжебныхъ, то мы о нихъ распространяться не будемъ. Ст. 672—этотъ образчикъ неумѣлой редакціи—во второй части говоритъ все о той же несчастной „пересылкѣ"; но тутъ пересылается „прошеніе", какъ и въ первомъ изъ случаевъ, о которомъ говоритъ ст. 757; потому и о ней можно сказать то же, что мы сказали о послѣдней: начало nemo judex сохранено въ цѣлости. Начатіе дѣла „судомъ, по формѣ" обусловлено подачею прошенія (ст. 1062). То же мы видимъ въ особенныхъ судахъ; напр. Сельская Расправа входитъ въ разборъ споровъ и тяжбъ не иначе, какъ по просьбѣ или жалобѣ истца (ст. 879) и т. д.

Въ такомъ-то положеніи находился занимающій насъ вопросъ въ законодательствѣ, непосредственно предшествующемъ Судебнымъ Уставамъ. Начало nemo judex sine actore не было нарушено, а лишь въ нѣкоторыхъ случаяхъ примѣненіе его было обставлено особыми формальностями, вродѣ пересылки дѣлъ; но общаго положенія, безусловно примѣнимаго ко всѣмъ случаямъ, въ Сводѣ не было выставлено;—это сдѣлано впервые Судебными уставами, высказавшимися категорически: *судебныя установленія могутъ приступить къ производству гражданскихъ дѣлъ не иначе, какъ вслѣдствіе просьбы о томъ лицъ, до коихъ тѣ дѣла касаются* (*ст. 4,256*), *а правительственныя мѣста и лица не въ правѣ передавать дѣлъ въ судебныя установленія, а только объявляютъ просителю, что онъ можетъ обратиться съ искомъ, по установленному порядку, въ под-*

*лежащій судъ* (*ст. 3*); *также поступаютъ и судебныя учрежденія при неподсудности имъ даннаго дѣла, даже если въ точности извѣстенъ судъ, гдѣ дѣло должно производиться* (ст. 582). Кому неизвѣстно, что именно эти статьи Устава принадлежатъ къ числу самыхъ цѣнныхъ пріобрѣтеній общества отъ судебной реформы. Какъ сами редакторы Устава часто высказываются объ этихъ статьяхъ съ сознаніемъ громадной услуги, оказанной обществу, такъ и каждый русскій юристъ гордится ими. Но что же они внесли въ нашъ юридическій бытъ, что въ нихъ такого особеннаго? Вѣдь они только категорично формулировали то, что имѣется въ 2 ч. X т.; они уничтожили ту такъ называемую пересылку дѣлъ изъ полиціи въ судъ, которая, какъ мы сказали, не имѣетъ существеннаго значенія, они замѣнили полицейскій судъ судами общими. Все это, однако, стоя на юридической почвѣ, неважно; начало nemo judex sine actore осталось также неприкосновенно, какъ было по Своду. Это совершенно справедливо, пока мы именно стоимъ на теоретической, юридической почвѣ,—но стоитъ намъ перейти на почву практическую, фактическую и мы увидимъ, что начало это прежде было закрыто отъ глазъ общества судомъ и полиціею или администраціею — его можно было считать теоретическимъ началомъ, теперь же оно получило плоть и кровь, пріобрѣло полное жизненное значеніе. Не смотря на существованіе его и въ прошломъ и въ нынѣшнемъ процессѣ практически, въ жизни оно примѣняется лишь съ изданія уставовъ. Причина самыхъ гибельныхъ отступленій отъ состязательнаго начала лежитъ не въ духѣ закона, не въ прямомъ смыслѣ его, а въ его непониманіи. Намъ хорошо, запасшись теоретическими знаніями, подвергать законъ тщательному анализу. Какъ бы теменъ, неясенъ законъ ни былъ, мы всегда найдемъ истинный смыслъ его: разъ,—въ этомъ намъ помогаютъ теоретическія знанія, другое—мы стоимъ на объективной почвѣ, намъ нѣтъ интереса толковать законъ такъ, а не иначе. Не въ такомъ положеніи находились прежніе юристы. Не вооруженные никакими научными знаніями, они толковали законъ и вкривь и вкось, какъ для судейскаго или адвокатскаго интереса удобнѣе. Законы наши святы,—говорили въ старину, а исполнители лихіе супостаты. Можно было дать этимъ людямъ въ руки самые совершенные законы, и они съумѣли бы исказить ихъ по своему вкусу. Конечно, огульное обвиненіе старыхъ судей въ недобросовѣстномъ пользованіи сбивчивымъ закономъ не основательно. Между ними были же и честные люди. Но этимъ не доставало достаточно научныхъ знаній, чтобы справиться съ такимъ закономъ, какъ 2 ч. X т. свода. Мы видѣли съ помощью какихъ логическихъ операцій можно было придти къ вѣрному пониманію закона относительно вопроса о начатіи процесса. Тогдашній юристъ настолько-же не смѣлъ свои сужденія имѣть, насколько не могъ одолѣть эту грамоту. Лучшимъ мѣриломъ юридическихъ знаній и направленія юриспруденціи, можетъ служить тогдашняя литература. Могла-ли она,—это чахлое созданіе—развить въ нашихъ юристахъ способность юридическаго мышленія, сообщить здоровыя научныя начала? Вся тогдашняя литература исчерпывается трудами Владиславлева [1]), Дегая [2]), Камбека [3]) и т. п., изъ которыхъ только послѣдній можетъ быть названъ мизернымъ научнымъ трудомъ, а остальные недостойны и этого названія; слава этихъ ученыхъ—слава добросовѣстныхъ писарей, переписавшихъ важнѣйшіе статьи Свода безъ особенно грубыхъ ошибокъ—не болѣе. Новое, историческое направленіе въ юриспруденціи, поглотившее силы многихъ талантливыхъ ученыхъ нашихъ конца 40-хъ годовъ имѣетъ лишь важное значеніе, какъ

---

¹) Общ. основ. граж. судопр. 1857.

²) Учебная книга граж. судопр. 1840.

³) Опытъ начерт. гражд. судопр. 1848.

переходная ступень къ научно-догматическому направленію. Для жизни непосредственно историческое направленіе ничего не дало. Обращая взоры на времена давнопрошедшія, изученіе которыхъ имѣетъ собственно вспомогательное значеніе, оно игнорировало жизнь современную. Благоговѣя передъ славными учеными, не жалѣвшими своихъ силъ для раскрытія прошлаго, нельзя воздержаться отъ упрека въ томъ, что они закрыли глаза передъ настоящимъ. Извиненіемъ имъ не можетъ служить то, что „не стоило-де метать бисера передъ свиньями", что „гласъ ихъ оставался бы гласомъ вопіющаго въ пустынѣ". Были судебные дѣятели, которые примѣняли законъ по убѣжденію, а не сообразно выгодѣ, доказательствомъ чему могутъ служить нѣкоторыя личности въ тогдашнихъ литературныхъ произведеніяхъ, напр., герой комедіи Львова „Свѣтъ не безъ добрыхъ людей" съ одной стороны, съ другой упорно практикуемое извѣстнымъ судомъ однообразное толкованіе закона. Имъ нужны были талантливые руководители при изъясненіи закона, — а ихъ то и не было. Русская Правда да Уложеніе болѣе, чѣмъ Сводъ интересовали тогдашнихъ талантливыхъ ученыхъ. Если безсовѣстный судья съумѣетъ исказить наилучшій законъ, то добросовѣстный невольно, по незнанію, не менѣе исказитъ недостаточно ясный законъ. Два обстоятельства содѣйствовали невѣрному пониманію 2 ч. X т.: умственныя и нравственныя качества судей и неудовлетворительная редакція закона. И дѣйствительно, выбраться благополучно изъ этого непроходимаго лѣса статей—дѣло нелегкое; прослѣдить проявленіе состязательнаго начала въ отдѣльныхъ фазахъ процесса дѣло настолько трудное, что по окончаніи его все еще думаешь: да такъ ли это? и снова принимаешься за провѣрку... Съ другой стороны ненадлежащему примѣненію закона содѣйствовало смѣшеніе властей — судебной и административной: всемогущество губернатора и его вліяніе на ходъ судопроизводства, сообщеніе полиціи судебной функціи, недостаточное разграниченіе дѣятельности судебной и полицейской; да ко всему тому прибавьте жалкія умственныя и еще болѣе жалкія нравственныя качества представителей администраціи вообще и полиціи въ частности и въ особенности.

Въ виду всего этого ясно, какъ примѣнялись законы о суд. и взыск. гражд., къ чему привела неудовлетворительная редакція ихъ. Въ нѣкоторыхъ мѣстахъ гражданскія дѣла почти никогда не производились судебнымъ порядкомъ, но начинались не въ судахъ. а въ полиціи, изъ которой уже „по учиненіи изслѣдованія переходили на разсмотрѣніе судебныхъ мѣстъ [1]). Статьи 6 и 22 ч. 2 т. X, конечно, породили этотъ обычай; въ ст. 6-й говорится, что дѣла объ обидахъ и ущербахъ, и завладѣніи сначала производятся въ полиціи, а потомъ въ судѣ... куда, разумѣется, по 22 ст. дѣло и пересылается. Неудобство тутъ заключалось въ томъ, что полицейское производство, какъ суммарное, обыкновенно въ результатѣ давало весьма поверхностное изслѣдованіе, а это приводило къ гибельнымъ послѣдствіямъ въ тѣхъ судахъ, которые новаго изслѣдованія дѣла не производили, а рѣшали на основаніи данныхъ, констатированныхъ полиціею; полиція же за взятку записывала все, что угодно... Въ законѣ не было прямого указанія на то, что судъ въ дѣлахъ объ обидахъ и ущербахъ основываетъ свое рѣшеніе только на данныхъ, констатированныхъ полиціею. Весьма легкій намекъ на это имѣется въ ст. 22, по которой „полиція отсылаетъ учиненное ею *изслѣдованіе* о дѣйствительности событія" въ судъ; но изъ этого еще далеко не слѣдуетъ, что судъ только и основывается на этомъ изслѣдовані. Можно себѣ представить, насколько это полицейское изслѣдованіе „несоотвѣтствующее формамъ, установленнымъ для судебнаго разбирательства" [2]), было

[1]) Проектъ графа Блудова 1857 г., стр. 7.

[2]) Журн. 1859 г. о главн. нач. гражд. судопр. стр. 8—10.

близко къ истинѣ, а рѣшеніе суда—справедливо! Судъ не имѣлъ уже возможности обратиться къ правильному порядку, а тѣмъ менѣе отказаться отъ разсмотрѣнія его, ибо дѣла сіи возникали большею частью по предписанію начальниковъ губерній [1]). Напр., нѣкоторыя судебныя мѣста по полученіи изъ полиціи дѣла, по которому возбужденъ споръ, сразу, не выжидая прошенія истца, приступали къ разбирательству ex officio [2]), чѣмъ явно нарушилось начало nemo judex sine actore. Иное полицейское управленіе, производя изслѣдованія, безъ дальнихъ разговоровъ пересылало дѣло въ судъ. Но еще болѣе недоразумѣній порождалъ вопросъ о томъ, когда дѣло о неисполненіи необезпеченныхъ обязательствъ обращалось въ спорное подлежащее судебному разсмотрѣнію. Только для Петербургской Управы Благочинія были преподаны подробныя правила; въ другихъ же полицейскихъ мѣстахъ господствовалъ полный произволъ; темнымъ закономъ часто пользовались во вредъ кредиторамъ [3]); во многихъ случаяхъ отвѣтчикъ, не представляя никакихъ доказательствъ въ опроверженіе иска, ограничивался указаніемъ на какое-нибудь ничтожное обстоятельство для объявленія спора противъ обязательства, что заставляло полицію передать дѣло суду; вслѣдствіе этого дѣла объ обязательствахъ тянулись нѣсколько лѣтъ [4]) и т. д., и т. д. Этихъ примѣровъ достаточно, чтобы видѣть, какъ велико значеніе судебной реформы въ вопросѣ о начатіи процесса. Благодаря внѣшней обстановкѣ, при которой примѣнялся Сводъ,—начало nemo judex sine actore было, такъ сказать, опутано массою нитей и иногда явно нарушалось. Судебная реформа распутала эти нити, поставила вопросъ ребромъ, категорично.

Но Судебные Уставы 1864 года начали вводиться въ дѣйствіе съ 1866 года, а въ 1865 г. 11 октября послѣдовало Высочайшее утвержденіе мнѣнія Госуд. Совѣта объ измѣненіи и дополненіи нѣкоторыхъ статей Свода законовъ, касающихся судопроизводства. Законъ этотъ былъ пропитанъ духомъ новыхъ Уставовъ, и введеніемъ его въ дѣйствіе должна была подготовиться почва для реформы. Главнѣйшія измѣненія заключались въ томъ, что, хотя полицейскіе суды и не были уничтожены, но предѣлы ихъ вѣдомства въ дѣлахъ спорныхъ были опредѣлены цѣною иска (500 р.); въ судебныхъ мѣстахъ дѣла начинались *не иначе*, какъ по просьбѣ истца, что видно изъ ст. 76, 77, гдѣ говорится объ исковыхъ прошеніяхъ, и т. д.

## Б. Осуществленіе притязаній сторонъ.

Подъ осуществленіемъ притязаній сторонъ я понимаю дѣйствительно обращеніе ихъ къ судебному разбирательству или разсмотрѣнію. По отношенію ко всѣмъ этимъ притязаніямъ состязательное начало примѣняется въ полномъ объемѣ — стороны ихъ обращаютъ къ судебному разсмотрѣнію, а отнюдь не самъ судъ. Между этими притязаніями слѣдуетъ отличить матеріально-правовыя отъ процессуальныхъ. Что касается первыхъ, то они отно-

---

[1]) Ibid. l. c.

[2]) Перв. сообр. ком. стр. 27. Хотя въ нѣкоторыхъ судахъ установилась вѣрная практика по дѣламъ объ обидахъ и ущербахъ; совершенно независимо отъ пересылки дѣла изъ полиціи въ судъ, истецъ долженъ былъ подать „исковое прошеніе“ по формѣ установленной 1 п. 757 ст., даже не простую жалобу (хотя въ другихъ судахъ требовали такія жалобы, а не „исковыя“), о которой говорится въ 3 п. 757 ст. и въ ст. 24. См. тамъ же стр. 27.

[3]) Предп. мин. внутр. д. и юст. 24 марта 1865 г. № 878, стр. 6.

[4]) Перв. сообр. ком. стр. 28.

сятся исключительно до того матеріально-правового отношенія, которое подлежитъ разсмотрѣнію суда. Матеріально-правовыя притязанія истца на обвиненіе отвѣтчика, какъ мы видѣли, говоря о начатіи процесса, осуществляются по его усмотрѣнію; процессъ этимъ самымъ и начинается. Что же касается притязанія отвѣтчика на оправданіе, то оно заявляется имъ уже тогда, когда процессъ начался; заявленіе истцомъ его притязанія имѣетъ, какъ мы видѣли, громадное значеніе: отъ него зависитъ,—быть или не быть процессу, между тѣмъ какъ заявленіе отвѣтчикомъ его притязанія лишено этого значенія, оно сливается съ заявленіемъ о фактахъ, обосновывающихъ это притязаніе. Конечно, нельзя сказать, чтобы этого притязанія на оправданіе не существовало; нѣтъ, я хочу сказать, что заявленіе его суду имѣетъ лишь значеніе вмѣстѣ съ заявленіемъ о фактахъ, на которыхъ оно основано: оно *сливается съ отвѣтомъ* на искъ, съ подачею первой отвѣтной бумаги, въ которой и указаны факты, обосновывающіе притязаніе на оправданіе [1]). Мы ниже увидимъ, что актъ обоснованія отвѣтчикомъ своего притязанія на оправданіе отражаетъ въ себѣ всецѣло состязательное начало, зависитъ отъ его, отвѣтчика, произвола, ergo: и осуществленіе его притязанія на оправданіе поставлено въ зависимость отъ его усмотрѣнія, — судъ за него не осуществитъ этого притязанія [2]). Перехожу къ процессуальнымъ притязаніямъ. Главнѣйшія изъ этихъ притязаній могутъ быть двухъ противуположныхъ свойствъ: 1) притязанія на то, чтобы судъ дѣйствовалъ, слѣдуя нормальному ходу процесса и 2) притязанія,—чтобы судъ дѣйствовалъ, отступя отъ нормальнаго хода. *I. Процессуальныя притязанія вообще суть требованія, чтобы судъ совершилъ въ пользу стороны притязающей извѣстное дѣйствіе*; они не касаются непосредственно притязаній ни на обвиненіе, ни на оправданіе, а являются лишь *требованіями о совершеніи судомъ извѣстныхъ дѣйствій въ интересахъ самаго обвиненія или оправданія или связанныхъ съ нимъ послѣдствій* (напр., требованіе обезпеченія иска). Въ данномъ случаѣ для насъ важно, на сколько осуществленіе этихъ притязаній зависитъ отъ произвола стороны? Но если такъ понимать процессуальныя притязанія, какъ мы, то отвѣтъ на этотъ вопросъ можетъ дать лишь все наше изслѣдованіе. Насколько признана за сторонами произвольность въ извѣстномъ процессуальномъ актѣ, настолько же она проявляется въ осуществленіи процессуальнаго притязанія. Если мы говоримъ, что вступленіе въ процессъ или осуществленіе притязанія на оправданіе зависитъ отъ стороны, то это значитъ, что осуществленіе притязанія на дѣйствія суда, вызванныя этимъ вступленіемъ, зависитъ отъ стороны; точно также, если мы говоримъ, что обоснованіе и доказываніе зависитъ отъ стороны, то это значитъ, что осуществленіе притязанія на дѣйствіе суда, связанное съ обоснованіемъ и доказываніемъ, зависитъ отъ стороны и т. д. Но всѣ эти притязанія имѣютъ вполнѣ самостоятельное значеніе, какъ процессуальныя притязанія, значеніе, независимое отъ той конечной цѣли, ради которой они осуществляются. Факты, ихъ обосновывающіе, доказываются независимо отъ фактовъ, обосновывающихъ притязаніе на обвиненіе или оправданіе и т. д. Нѣтъ надобности разсматривать отдѣльно вопросъ о произвольности осуществленія этихъ притязаній по 2 ч. X ч. и по Уставу, ибо при изложенномъ воззрѣніи на нихъ онъ, по отношенію къ начатію процесса, уже разрѣшенъ, а по отношенію къ другимъ актамъ еще будетъ разрѣшенъ. II Что касается процессуальныхъ притязаній второго рода, то и они суть также требованія, чтобы судъ дѣйствовалъ въ интересахъ обвиненія или оправданія и связанныхъ съ ними послѣдствій. Но дѣйствія эти являются

---

[1]) Принудительный вызовъ къ суду, который требуется 2 ч. X т. (ст. 282, 288) не есть принужденіе къ осуществленію притязанія на оправданіе, а мѣра обезпеченія интересовъ истца.

лишь съ исключительнымъ характеромъ. Сторонѣ должно быть предоставлено право заявлять такія требованія, которыя болѣе чѣмъ обыкновенно гарантируютъ ея права и притомъ въ нѣкоторыхъ исключительныхъ случаяхъ; сторона должна имѣть рядъ обезпечительныхъ и охранительныхъ процессуальныхъ притязаній, на болѣе удобную для тяжущихся простоту и форму производства (sine strepitu forensi), вмѣсто общей; притязаніе на отсрочки и возстановленія сроковъ, дабы, въ виду исключительныхъ обстоятельствъ, не нести невыгоды нормальнаго теченія процесса, и множество другихъ. Приступая ко 2 ч. X т., нужно замѣтить, что отраженіе состязательнаго начала ею признано въ этихъ случаяхъ въ большей или меньшей степени. Что касается обезпечительныхъ притязаній, то ихъ Законы о судопр. не допускали; были лишь мѣры обезпеченія взысканія ex officio. Эти отступленія отъ начала состязательнаго процесса [1]) допускались въ общемъ порядкѣ въ отдѣльныхъ частныхъ случаяхъ, а именно, по спорамъ о куплѣ и продажѣ недвижимаго имущества (ст. 379), о духовныхъ завѣщаніяхъ (ст. 680, 681), о раздѣлѣ (682) и другихъ (ст. 58, 60, 68), 517, 557, 601, 623, 642, 619, 692, 732—735, 1070—108, 1814—1835, 2002, 2006, 2010, 2015—2021) и какъ общія мѣры онѣ допускались „судомъ по формѣ" (ст. 1078—1083). Но зато Сводъ не былъ скупъ насчетъ притязаній тяжущихся на болѣе удобную для нихъ форму производства; по взаимному согласію они могли передать свое дѣло „мировому добровольному разбору" (ст. 1127), они могли разобраться третейскимъ судомъ (ст. 1136) въ совѣстномъ и словесномъ судахъ (ст. 1276, 1230 и сл.); только производство въ словесномъ судѣ имѣло чисто примирительный, характеръ, вродѣ французской conciliation въ остальныхъ-же случаяхъ эти формы суда были формами суда первой инстанціи (даже простой третейскій судъ, если онъ производился по закону). Но самою важною сокращенною формою, выборъ которой былъ предоставленъ истцу,—былъ „судъ по формѣ",—этотъ судъ для ябедниковъ [2]). Затѣмъ, 2 ч. X т. было извѣстно присоединеніе къ тяжбѣ третьяго лица—это притязаніе слѣдуетъ считать притязаніемъ на болѣе удобную форму процесса, ибо удобнѣе вступить въ начатый процессъ, чѣмъ начать новое дѣло (ст. 188). Наконецъ, что касается притязаній на отсрочки и возстановленіе срока, то по общему порядку первыя признавались за тяжущимися, не явившимися къ чтенію рукоприкладства (ст. 457) при оказавшейся надобности въ доставленіи письменнаго акта (ст. 325 и др.), а вторыя, удовлетворялись Сенатомъ по отношенію къ аппелляціоннымъ срокамъ „по уважительнымъ причинамъ (ст. 582), и по суду по формѣ (кромѣ притязаній на полюбовныя отсрочки (ст. 1074). Каждый изъ тяжущихся могъ подавать „отсрачивающія прошенія" (ст. 1076, 1077) и т. д. Что касается Устава, то онъ и въ этомъ случаѣ стоитъ на научной точкѣ зрѣнія. Притязанія обезпечительныя являются не мѣрами ex officio принимаемыми въ частныхъ случаяхъ, а требованіями сторонъ, которыя онѣ могутъ осуществить по каждому дѣлу. Уставъ знаетъ три рода этихъ притязаній: 1) притязанія на обезпеченіе иска. Редакторы исходили изъ того воззрѣнія, что предписанія суда о принятіи мѣръ къ сохраненію въ цѣлости спорнаго имущества, безъ особеннаго о томъ требованія со стороны тяжущихся, не соотвѣтствуютъ началу состязательнаго процесса, по правиламъ котораго судебныя мѣста не могутъ входить въ разсмотрѣніе такихъ вопросовъ, которые не возбуждены самими тяжущимися" [3]). И дѣйствительно, если сторона настолько довѣряетъ противнику, что не считаетъ нужнымъ принятіе особыхъ мѣръ, гарантирующихъ ея права, то суду нѣтъ основанія принимать ихъ. Это нетолько безполезно въ отношеніи къ

---

[1]) Проектъ гр. Блудова, стр. 249.

[2]) Ibid, стр. 17.

[3]) Ibid, стр. 249.

каждому частному случаю, но и вредно съ общей, принципіальной точки зрѣнія—какъ исходящее со стороны законодателя внушеніе тяжущимся недовѣрія другъ къ другу. 2) Притязанія истца на предварительное исполненіе судебнаго рѣшенія (ст. 138, 736 и слѣд.), неизвѣстныя Своду и 3) притязанія истца на обезпеченіе истцомъ иностранцемъ, не состоящимъ на русской службѣ и не имѣющимъ въ Россіи недвижимаго имущества, убытковъ и издержекъ (cautio pro expensis—ст. 571 [1]); но послѣднее вѣрнѣе разсматривать какъ возраженія противъ факта, обосновывающаго процессуальныя притязанія истца на начатіе процесса въ смыслѣ, предложенномъ Менгеромъ (см. стр. 426). Что касается притязанія на болѣе удобную для тяжущихся форму производства, то третейскую форму Уставъ сохранилъ, регламентировавъ ее лишь подробнѣе и исключивъ право аппеляціи, но такъ же, какъ и Сводъ, исключилъ дѣла, связанныя съ общественнымъ интересамъ (ст. 1668); онъ указалъ тяжущимся на болѣе компетентнаго судью котораго они могутъ избрать для рѣшенія ихъ дѣла, но только безъ права аппеляціи. Судъ по формѣ отмѣненъ Уставомъ, но на его мѣсто созданъ рядъ упрощенныхъ и удобныхъ формъ: 1) сокращенный порядокъ производства; въ однихъ случаяхъ тяжущіеся сами по взаимному соглашенію и съ утвержденіемъ суда, могутъ судиться этимъ, порядкомъ, въ другихъ порядокъ этотъ обязателенъ; 2) порядокъ присоединенія въ качествѣ стороны къ процессу производящемуся; эта форма присоединенія извѣстная 2 ч. X т. (ст. 183), предоставляется Уставомъ и третьему лицу (ст. 662, 666)—вопросъ этотъ лишв точнѣе нормированъ. Далѣе, признано Уставомъ, неизвѣстное Своду, притязаніе на привлеченіе третьяго лица къ дѣлу въ интересахъ стороны (ст. 653 и сл.); притязанія на отсрочку судебныхъ дѣйствій признаны, какъ по обоюдному согласію сторонъ (ст. 832), такъ и по просьбѣ каждаго изъ тяжущихся, за исключеніемъ особенно важныхъ случаевъ (ст. 833), но одинъ лишь разъ (ст. 832), какъ до, такъ и во время состязанія, а именно при указаніи противникамъ на новые факты (ст. 331), на новыя доказательства (ст. 356, 357) и т. п. Точно также признаны притязанія на возстановленіе пропущеннаго срока, если въ томъ не виноватъ тяжущійся (ст. 778, 835) и т. д. Изъ этого видно, что какъ Уставъ г. с., такъ и Законы о судопр., допускаютъ рядъ процессуальныхъ притязаній на уклоненіе процесса отъ нормальныхъ правилъ его теченія, чѣмъ прямо признана личная автономія тяжущихся въ процессѣ.

Таковы процессуальныя притязанія. Для осуществленія ихъ необходима особая *формальная* дѣятельность суда (Менгеръ), — безъ чего невозможно осуществленіе процессуальныхъ притязаній. Эта дѣятельность суда направлена къ упорядоченію, если можно такъ выразиться, процессуальнаго отношенія. Къ этой дѣятельности суда относятся а) *акты, расчитанныя на непосредственно совмѣстное дѣйствіе суда и сторонъ,* истца и отвѣтчика. Кромѣ случаевъ, когда дѣйствія суда, истца и отвѣтчика слѣдують одно за другимъ послѣ извѣстныхъ болѣе или менѣе продолжительныхъ промежутковъ, могутъ быть случаи, когда промяжутки эти чрезвычайно малы, такъ что можно признать ихъ несуществующими и разсматривать сумму ихъ, какъ одинъ актъ; таковы: судебное засѣданіе и множество другихъ актовъ, въ которыхъ дѣйствительно стороны и судъ стоятъ лицомъ къ лицу и происходитъ либо словесное состязаніе, либо рядъ заявленій со стороны истца и отвѣтчика. Для упорядоченія этого, если можно такъ выразиться, столкновенія сторонъ между собою и судомъ, судъ вправѣ или обязанъ совершить то или другое дѣйствіе; онъ долженъ дѣлать это ради возможности достиженія

---

[1]) Статья эта внесена въ Уставъ въ силу права возмездія (jus retorsionis);—въ иностранныхъ кодексахъ установлено тоже относительно русскихъ подданныхъ.

той цѣли, въ виду которой эти акты созданы; судья тутъ дѣйствуетъ ex officio—онъ обязанъ именно устранить всякую произвольность, всякій произволъ сторонъ; назначеніе срока засѣданія, руковожденіе судоговореніемъ, сохраненіе порядка въ такихъ актахъ, которые аналогичны судебнымъ засѣданіямъ и часто происходятъ внѣ суда, напр., допросъ на частной квартирѣ, осмотръ вещи или документа въ присутствіи сторонъ, отчужденіе ея при посредствѣ суда и т. п. Несмотря на то, что въ этой дѣятельности судъ дѣйствуетъ ex officio, на ней, кажется, должно рефлективно отразиться состязательное начало въ томъ смыслѣ, что должно быть увеличено число поводовъ къ проявленію этой дѣятельности; поводы эти: одновременность и совмѣстность дѣйствій суда и обѣихъ сторонъ. Коль скоро въ данномъ актѣ судъ и обѣ стороны стоятъ лицомъ къ лицу — судъ упорядочиваетъ этотъ актъ. Законодательство не должно упускать изъ виду это рефлективное дѣйствіе состязательнаго начала и установить то правило, что при всякомъ дѣйствіи суда стороны могутъ присутствовать. Связь его съ состязательнымъ началомъ та, что послѣднее, проистекая изъ произвольности и исключительности гражданскихъ правъ, отражаетъ и на дѣйствіяхъ суда ex officio существо своего источника; дабы эти черты гражданскихъ правъ не были нарушены, сторонамъ должно быть дано право предупреждать эти нарушенія въ случаяхъ, когда судъ дѣйствуетъ ex officio. Допуская присутствіе сторонъ, слѣдуетъ опредѣлить, въ отдѣльныхъ спеціальныхъ случаяхъ, насколько при этомъ присутствіи возможно ихъ вмѣшательство. Конечно, въ нѣкоторыхъ случаяхъ одна изъ сторонъ можетъ не воспользоваться своимъ правомъ, а воспользуется имъ другая, тогда все-таки на судъ возлагается забота о томъ, чтобы это соучастіе сторонъ въ судебномъ актѣ не препятствовало бы достиженію цѣли его. Допуская по возможности чаще эти столкновенія, соприкосновенія, тѣмъ самымъ дается много поводовъ къ проявленію этой дѣятельности суда. Законодательство должно открыть широкое поле для этого рефлективнаго дѣйствія состязательнаго начала. Для насъ не столько важно самая эта дѣятельность судьи, сколько то, что дается возможность проявленію этой дѣятельности,—не то, насколько судья руководитъ засѣданіями и т. п., а то, что имѣются случаи, когда онъ обязанъ руководить. Въ случаяхъ этихъ мы видимъ признаніе правила, что тяжущіеся присутствуютъ при совершеніи судебныхъ актовъ. Понятно само собою, что письменный процессъ исключаетъ собою возможность примѣненія этого положенія; въ немъ тяжущіеся и не видятъ судьи; они сносятся съ нимъ лишь при посредствѣ письменныхъ актовъ; они излагаютъ то, что требуютъ и обосновываютъ, а судья дѣйствуетъ безъ нихъ, сообщая имъ лишь результатъ своихъ дѣйствій. Чѣмъ послѣдовательнѣе и безусловнѣе проведено начало письменности, тѣмъ менѣе можно говорить о примѣненіи этого положенія. Строго письменный процессъ исключаетъ всякую возможность присутствія тяжущихся при дѣйствіяхъ суда. Устность процесса есть необходимый выводъ изъ упомянутаго положенія: допросъ одного изъ тяжущихся есть дѣйствіе суда, при немъ долженъ присутствовать другой тяжущійся—оба они стоятъ предъ судьею, дѣлая свои заявленія. Гдѣ процессъ основанъ на началѣ устности, тамъ это положеніе само собою проявляется, не только въ такъ называемомъ судебномъ засѣданіи, но и въ рядѣ другихъ актовъ, совершаемыхъ судомъ ex officio. И наоборотъ, гдѣ признана письменность, тамъ о примененіи этого положенія не можетъ быть и рѣчи, — тамъ нетолько не существуетъ этого засѣданія, но и всѣ акты судьи ex officio происходятъ помимо тяжущихся; они могутъ только отписываться и не прочимъ не присутствуютъ. Переходя послѣ этого къ процессу по 2 ч. X т. мы видимъ, что въ общей формѣ процесса отсутствіе устности доведено до конечнаго своего выраженія. Никакого присутствія тяжущихся при судебныхъ актахъ, а слѣдов. и вызываемой тѣмъ

регулирующей дѣятельности суда, ему почти неизвѣстно. По общему порядку послѣ представленія сторонами объяснительныхъ бумагъ, число которыхъ иногда доходило до 30-ти, и послѣ изслѣдованія дѣла, изъ добытаго матеріала составлялась докладная записка, по которой постановлялось рѣшеніе. Насколько допускалось уклоненіе отъ начала письменности въ общемъ порядкѣ, на столько же и возможно было одновременное и совмѣстное дѣйствіе суда и сторонъ; а именно, когда сторонамъ читалась докладная записка, онѣ могли указывать на пропуски, но не „спорить“ (ст. 467); точно также стороны могли присутствовать при составленіи оцѣнки и описи имущества, подлежащаго взысканію, и дѣлать свои замѣчанія (ст. 1940, 1973). Насколько ничтожно было это „совмѣстное дѣйствіе“, настолько же ничтожна была регулирующая, упорядочивающая дѣятельность судьи—онъ лишь заботился о томъ, чтобы не „спорили“. Не существовало по Своду и „судебнаго засѣданія“, а было „присутствіе суда“, въ которомъ тяжущіеся отсутствовали и это начало отсутствія проведено до конца: тяжущіеся не могли присутствовать и при другихъ судебныхъ актахъ, совершаемыхъ ex officio; они не могли присутствовать ни при допросѣ свидѣтелей (ст. 329) ни при экспертизѣ (ст. 359), ни при повальномъ обыскѣ (ст. 413), о которомъ прямо говорится, что при немъ не могли находиться тяжущіеся, а въ случаѣ жительства ихъ въ томъ же мѣстѣ, они обязаны были даже оттуда выѣхать и т. д. Словомъ, въ общемъ порядкѣ допускались лишь въ одномъ моментѣ процессѣ ничтожное примѣненіе упомянутаго положенія. Въ отдѣльныхъ особенныхъ формахъ мы, однако, видимъ не то. Тяжущіеся стоятъ лицомъ къ лицу другъ къ другу въ судѣ... полицейскомъ. По дѣламъ объ обидахъ, ущербахъ и завладѣніи, полиція — нимало немедля — допрашивала истца и отвѣтчика“ (ст. 21), а исправникъ и становой маловажныя дѣла рѣшали лично (ст. 23). Какъ они „допрашивали“ и “лично рѣшали“, какъ *упорядочивали* „совмѣстныя дѣйствія“—только извѣстно по нѣкоторымъ печальнымъ разсказамъ изъ добраго стараго времени... Зато въ производствѣ суда по формѣ 1723 г. сохранилось и въ Сводѣ „судоговореніе“; истецъ и отвѣтчикъ должны были явиться на это судоговореніе (ст. 1088 и сл.) и между ними происходило состязаніе; на судѣ они должны были „вести себя учтиво, соблюдая благопристойность“—за чѣмъ наблюдалъ судья; такъ что при допросѣ тяжущихся оба они должны были присутствовать. При разборѣ дѣла въ Сельской Расправѣ тяжущіеся тоже должны были присутствовать (ст. 889 и сл.) тоже самое въ Совѣстныхъ (1228 и сл.) и Словесныхъ судахъ (ст. 1232). Такъ обстояло дѣло по Своду [1]). Уставъ и тутъ поставилъ вопросъ ребромъ, высказался категорически: „при всѣхъ дѣйствіяхъ судебныхъ постановленій по производству гражданскихъ дѣлъ допускается присутствіе тяжущихся... (ст. 13) причемъ они допускаются къ словеснымъ объясненіямъ; исключеніе составляютъ лишь случаи, прямо указанные въ законѣ. Это правило выразилось не только въ такъ называемыхъ судебныхъ засѣданіяхъ, но и въ актахъ, имъ аналогичныхъ: при провѣркѣ письменныхъ доказательствъ (ст. 554), при осмотрѣ на мѣстѣ (ст. 510), при допросѣ свидѣтелей въ судѣ и внѣ суда (ст. 390), при исполненіи рѣшеній (ст. 442, 449). Какъ въ засѣданіяхъ судебныхъ руководженіе и дискреціонная власть принадлежатъ предсѣдателю, такъ и въ другихъ актахъ упорядоченіе совмѣстныхъ дѣйствій суда и сторонъ возлагается на предсѣтеля суда, члена суда и судебнаго пристава. Вмѣсто расточенія похвалъ этимъ драгоцѣннымъ положеніямъ Устава, посмотримъ о какихъ исключительныхъ слу-

---

[1]) Въ В. утв. мн. Г. С. 10 декабря 1865 г., въ этомъ переходномъ законѣ, сдѣлано одно существенное измѣненіе: созданы поводы совмѣстнаго дѣйствія суда и сторонъ; тяжущіеся, присутствуя при докладѣ дѣла, могли состязаться (ст. 44); предсѣдатель руководилъ состязаніемъ (ст. 97) и т. д.

чаяхъ говорится въ ст. 13, случаяхъ, когда тяжущіеся устраняются отъ присутствованія при судебныхъ дѣйствіяхъ. Оставляя въ сторонѣ массу мелкихъ формальныхъ распоряженій суда, происходящихъ помимо тяжущихся — (если ими нарушаются ихъ права, они могутъ предупредить наступленіе невыгодныхъ послѣдствій)—мы укажемъ на главнѣйшее изъ этого рода дѣйствій—постановленіе рѣшенія. Судъ для постановленія рѣшенія удаляется въ совѣщательную комнату, въ которой не только тяжущіеся, но и вообще посторонніе лица, не исключая и прокурора, не могутъ находиться (ст. 142 учр. с. у.). Мотивъ этого, конечно, заключается въ свободѣ выраженія судьями своихъ мнѣній; присутствіе постороннихъ лицъ при совѣщаніи вредно, какъ обстоятельство стѣсняющее судей. Въ результатѣ вышеизложеннаго получаемъ, что съ судебной реформы для актовъ формальной дѣятельности суда, расчитанныхъ непосредственно на совмѣстное дѣйствіе суда и сторонъ, открыто широкое поле—и это благодаря формулированному въ Уставѣ правилу о присутствіи тяжущихся при всякомъ дѣйствіи суда; исключеніе же, допущенное закономъ,—имѣетъ свое разумное основаніе. *2) Акты, въ которыхъ судья является посредникомъ между тяжущимися.* Это суть такія дѣйствія, которыя совершаются судомъ ex officio въ томъ смыслѣ. что не требуютъ особой просьбы, а вытекаютъ сами собою изъ того или другого дѣйствія стороны и въ свою очередь вызываютъ дѣйствія противника. Они могли бы быть совершены самыми сторонами, но ради удобства совершаются судомъ. Эти дѣйствія, какъ и дѣйствія, связанныя съ ними, имѣютъ обширное примѣненіе только въ письменномъ, также и въ полуписьменномъ процессѣ, но лишь въ той части его, которая требуетъ письменности. Останавливаться на этихъ актахъ мы не будемъ, ибо къ нимъ начало состязательное не примѣняется, замѣтимъ лишь, что по Своду, кругъ этой дѣятельности судьи опредѣляется гораздо шире, чѣмъ дѣятельности упорядочивающей, такъ какъ изображенный во 2 ч. X т. процессъ есть процессъ письменный. Безконечная передача бумагъ отъ одной стороны другой, рядъ извѣщеній и рядъ дѣйствій, связанныхъ съ ними, и т. д. сдѣлали эту сторону дѣятельности суда чрезвычайно сложною и обширною. Уставъ ограничилъ ее до возможнаго минимума. Проявляется она главнымъ образомъ въ той стадіи процесса, которая называется письменною подготовкою дѣла (ст. 259, 265—270, 275, 277, 317, 318). Но таково общее правило; въ суммарныхъ формахъ производства — мировой и сокращенной — этой письменной подготовки по общему правилу не требуется (ст. 60, 68, 354 и сл.) и эта посредствующая дѣятельность судьи съужена до крайности, что особенно важно въ томъ отношеніи, что большинство гражданскихъ дѣлъ въ окружныхъ судахъ разрѣшается порядкомъ сокращеннымъ.

## В. Обоснованіе притязаній сторонъ.

### 1. *Обоснованіе матеріально-правовыхъ притязаній.*

а) *Фактическое обоснованіе матеріально-правовыхъ притязаній.* Подъ фактическимъ обоснованіемъ здѣсь понимается указаніе суду на такіе факты, которые лежатъ въ основаніи притязаній и которыми подтверждается эти притязанія въ видѣ ли подтвержденія иска или въ видѣ подтвержденія возраженій. Такъ, притязаніе на обвиненіе можетъ быть построено на фактѣ существованія долга (основаніе иска), притязаніе на оправданіе—на фактѣ погашенія этого долга давностью, исполненіемъ обязательства и т. д. Обыкновенно эти обосновывающіе факты смѣшиваются съ доказательствами. Наука разграничиваетъ эти

два понятія, понимая подъ доказательствами лишь средство убѣжденія суда въ существованіи обосновывающихъ фактовъ. Въ данномъ случаѣ факты эти касаются самаго спорнаго правоотношенія съ матеріальной его стороны. Состязательное начало выражается здѣсь въ томъ, что: 1) судьѣ запрещается предлагать сторонамъ, чтобы онѣ заявили извѣстные обосновывающіе факты, а тѣмъ менѣе самому подъискивать эти факты и 2) онъ рѣшаетъ дѣло на основаніи фактовъ, только заявленныхъ сторонами. Онъ можетъ признать или отвергнуть эти факты, но можетъ отвергнуть или признать *только эти* факты и можетъ ихъ опровергнуть *только* на основаніи представленныхъ противникомъ фактовъ или на основаніи обязательныхъ велѣній закона. Понятно, что признаніе или непризнаніе этихъ фактовъ требуетъ доказанности или недоказанности ихъ. Посмотримъ, насколько оба эти положенія выразились въ Законахъ о судопроизв. и въ Уставѣ. 2 ч. X т. проникнутая канцелярскимъ, фискальнымъ и мѣстнымъ элементами оставила безъ разрѣшенія много существенныхъ вопросовъ судопроизводства, давая этимъ широкій просторъ усмотрѣнію, т.-е. произволу судей; масса ненужныхъ опредѣленій и недостатокъ самыхъ важныхъ порождалъ, при условіяхъ, о которыхъ мы уже говорили, на практикѣ, полное разнообразіе въ судейскихъ пріемахъ разрѣшенія дѣла. Право суда предлагать сторонамъ, чтобы онѣ заявили объ извѣстномъ фактѣ конечно всего удобнѣе практикуется въ устномъ процессѣ, хотя съ другой стороны возможно и въ письменномъ. Спрашивается, призналъ ли Сводъ положенія, что однѣ стороны приводятъфакты, обосновывающіе ихъ притязанія, и что судъ не долженъ указывать истцу на факты, подтверждающіе требованіе объ обвиненіи и отвѣтчику на факты, подтверждающіе его требованіе объ оправданіи, а долженъ рѣшить дѣло на основаніи фактовъ, представленныхъ сторонами. Едва ли можетъ подлежать сомнѣнію, что общая тенденція 2 ч. X т. та, что стороны предъявляютъ обосновывающіе факты. Такъ, относительно истца говорится, что онъ въ прошеніи долженъ изложить „причины и доводы“, „по которымъ происходитъ прошеніе“ (ст. 245), т.-е обосновывающіе факты, а отвѣтчикъ долженъ „очистить пункты“. (ст. 292), можетъ „отвергнуть обстоятельства, въ просьбѣ означенные“, „приводить противъ нихъ другія“ (ст. 294), онъ обязанъ „правдою ихъ опровергнуть“ (ст. 313). Но имѣются нѣкоторыя статьи, дающія поводъ предполагать, что тенденція эта не выдержана; не выдержана потому, что, благодаря общности выраженій статей, дается такой просторъ судьѣ, что онъ становится инквизиторомъ.—право суда въ его разрѣшительной дѣятельности выходитъ далеко за предѣлы необходимаго. По безспорнымъ дѣламъ, напр., полиціи предоставлено отбирать показанія (ст. 21), изслѣдовать событія (ст. 21. 22). Понятно, что изслѣдованіе можетъ натолкнуть на такой обосновывающій фактъ, о которомъ стороны и не знали, и законъ не препятствовалъ, конечно, полиціи воспользоваться этимъ фактомъ; но съ другой стороны, касательно безспорныхъ дѣлъ по обязательствамъ, можно положительно сказать, что полиція сама не должна была приводить фактовъ, обращающихъ дѣло въ спорное, и, конечно, не наводить сторону на это. Исключеніемъ являлся лишь вопросъ о формѣ договоровъ; онъ возбуждался судомъ; судъ могъ удостовѣриться, удовлетворяетъ ли данный договоръ законнымъ требованіямъ формы. Остальныя событія, также и условія дѣйствительности акта, судъ не разсматривалъ ex officio. Что касается спорнаго порядка, то факты, обосновывающіе несомнѣнно возбуждались прежде всего сторонами: прошеніе, въ которомъ по пунктамъ излагались эти факты (ст. 244 и др.), „отвѣты и возраженія“, въ которыхъ они приводились (ст. 294, 468 и др.) доказываютъ это. Мало того, эти заявленія сторонъ ложились въ основаніе рѣшеній: въ составъ докладной записки, составляемой судомъ, входятъ слѣдующія части: „кѣмъ начато дѣло“, „какіе были отвѣты и возраженія“ и „какія доказательства“ (ст. 446). Мы покажемъ ниже, что по Своду судъ не собиралъ до-

казательствъ и неприводилъ ихъ самъ, изъ чего можно заключить, что и факты, которые подтверждались этими доказательствами, не приводились имъ. Трудно допустить, чтобы одно лицо приводило факты, а другое ихъ доказывало; а что доказательства приводились сторонами, видно изъ того, что, напр., въ рѣшеніи надо было указывать на нихъ; въ составъ докладной записки, по которой рѣшалось дѣло, какъ мы видѣли, входили доказательства, представленныя сторонами. Все это составляло основаніе рѣшенія. Независимо отъ этого матеріала рѣшенія, въ составъ докладной записки входили и приснопамятныя „справки“ — но о нихъ рѣчь впереди. Сомнѣніе въ томъ, что законодатель дѣйствительно желалъ провести въ этомъ вопросѣ строго-состязательное начало, можетъ породить то, что, съ одной стороны, на тяжущихся возлагалась обязанность показывать чистую правду (ст. 245), съ другой стороны, на судъ—удостовѣриться въ подлинности показаній ихъ чрезъ справки (ст. 441). Изъ этого можно бы заключить, что судъ, видя, что сторона не ссылается на фактъ, явно говорящій въ ея пользу, что сторона, противъ которой онъ говоритъ, умалчиваетъ о немъ, имѣетъ право, даже обязанъ обнаружить ложь и указать на этотъ фактъ; иначе говоря, если сторона умышленно умаляетъ количество процессуальнаго матеріала, то судъ можетъ дополнить этотъ матеріалъ новыми фактами. И очень можетъ быть, да можно сказать навѣрно, что были судьи, разсуждавшіе такимъ образомъ. Но вѣрно ли это? Мнѣ кажется, что положительно невѣрно. Ст. 245, въ которой говорится объ обязанности говорить и показывать истину, есть продуктъ петровскаго воззрѣнія на показанія тяжущихся, какъ на показанія, соотвѣтствующія обсолютной истинѣ; на ней еще отразились эти взгляды и попали они въ Сводъ не по какимъ-либо глубокимъ соображеніямъ, а потому же, почему въ немъ часто говорится, напр., объ уликахъ, слѣдствіяхъ, извѣстіяхъ и пр.; именно отсутствіе всякихъ соображеній и недостаточно ясное представленіе о существѣ гражданскихъ правъ и процесса, въ связи съ остатками петровскихъ воззрѣній—причины появленія этой статьи. Наконецъ, не слѣдуетъ упускатьи зъ виду того обстоятельства, что 2 ч. X т. возлагаетъ обязанность показывать истину только на истца, а не на отвѣтчика (ст. 245, 292). Если бы законодатель желалъ провести слѣдственный принципъ, то онъ не умолчалъ бы объ обязанности отвѣтчика; умолчавъ же объ отвѣтчикѣ, онъ намъ не далъ права строить какое-нибудь начало, касающееся и истца и отвѣтчика. Что касается 441 ст., въ силу которой судъ удостовѣряется съ помощью справокъ въ подлинности показанія, то это одно изъ тѣхъ неудачныхъ обобщеній, какихъ много въ 2 ч. X т.; но рѣдко какое изъ нихъ въ состояніи было внести такую путаницу и такія злоупотребленія въ практику, какъ это. Изъ ст. 441, взятой отдѣльно отъ другихъ статей, характеризующихъ эти справки, слѣдуетъ заключить, что судъ въ „сомнительныхъ дѣлахъ“ разсылаетъ во всѣ концы за справками, Между тѣмъ это удостовѣреніе въ подлинности показаній, какъ увидимъ, можетъ касаться лишь нѣкотораго, весьма незначительнаго числа случаевъ, когда тяжущіеся основываютъ свои показанія на доказательствахъ, находящихся, какъ говоритъ Камбекъ, „въ другомъ дѣлѣ“ и не могущихъ быть доставленными въ судъ. Объ инквизиторской же роли суда въ каждомъ процессѣ, о разысканіи имъ обосновывающихъ фактовъ, какъ бы казалось по смыслу 441 ст., не можетъ быть и [illegible]и. Подробнѣе объ этомъ мы будемъ говорить ниже. Такъ что, по смыслу закона, судъ самъ не указываетъ на факты обосновывающіе, но редакція многихъ статей даетъ поводъ думать, что судья можетъ это дѣлать. Въ практикѣ, вѣроятно, эта возможность понималась, какъ необходимость, и судья указывалъ ex officio на обосновывающіе искъ и возраженіе факты. Интересенъ въ этомъ отношеніи вопросъ о возбужденіи судомъ возраженія о давностномъ погашеніи

иска, которымъ обосновывается притязаніе отвѣтчика на оправданіе. Въ ст. 213-й говорится, что, вслѣдствіе истеченія давностнаго срока, искъ уничтожается, и прибавлено: „дѣло предается забвенію". Казалось бы, что прямой выводъ изъ этого тотъ, что коль скоро судъ изъ предъявленнаго прошенія, въ которомъ дѣло изложено подробно, или во время производства, усмотритъ, что давностный срокъ истекъ, то заявляетъ объ этомъ. Это, очевидно, изъ того, что „*дѣло*, преданное забвенію", ужъ не можетъ явиться снова передъ судомъ; такъ что, если судья усмотритъ, что начато-таки дѣло, то онъ заявляетъ объ этомъ или прекращаетъ дѣло. Такъ разсуждали, конечно, тѣ судьи, которые вообще признавали за судомъ право указывать на обосновывающіе факты въ силу общей обязанности: его—удостовѣряться въ подлинности показаній, а истца—„показывать истину". Мнѣ же кажется, что, исходя изъ указанныхъ обязанностей судьи и истца, слѣдуетъ придти къ выводу, что вопросъ о давности не могъ быть возбужденъ судомъ. Стоя на точкѣ зрѣнія упомянутаго судьи, слѣдуетъ думать, что судъ долженъ удостовѣряться въ подлинности „показаній", конечно, съ перваго момента процесса, именно съ перваго, такъ какъ въ законѣ говорится объ истцѣ, подающемъ прошеніе. Съ перваго момента, съ подачи прошенія, начинается, слѣдовательно, эта ловля во лжи. Представимъ-же себѣ, что судья усматриваетъ изъ прошенія, что искъ прекращенъ давностью; слѣдуя упомянутому толкованію, онъ долженъ возвратить прошеніе, а этого онъ, въ силу 267 ст. сдѣлать не можетъ, ибо ни въ одномъ изъ 17-ти поводовъ возврата прошенія не упомянуто о давности. Слѣдовательно, и о правѣ его возбуждать вопросъ о давности не можетъ быть и рѣчи. Могутъ замѣтить, что въ ст. 267 перечислены лишь формальныя условія вчинанія иска, а вопросъ о давности есть вопросъ матеріальнаго права. Если такъ, то прошеніе не возвращается и несмотря на то, что судъ видитъ, что давностный срокъ истекъ, процессъ начинаетъ свое нормальное теченіе? Но, спрашивается, во 1-хъ, къ чему это? Если судъ можетъ самъ возбуждать вопросъ о давности, и тотъ всплываетъ при самой подачѣ прошенія, то зачѣмъ же начинать производство? Здравый смыслъ говоритъ, что незачѣмъ заводить дѣло, когда судъ въ самомъ началѣ можетъ его прекратить. Во 2-хъ, возможно-ли это? Если толковать слова „предать забвенію" въ смыслѣ совершеннаго уничтоженія иска, то придется допустить, что дѣло, преданное забвенію, все-таки еще можетъ подлежать разсмотрѣнію суда. А это не послѣдовательно, если придавать серьезное значеніе этому „преданію забвенію". Мнѣ кажется, что это „преданіе забвенію" есть такое же красивое словцо, какихъ не мало въ Сводѣ. Если придавать ему опредѣленный смыслъ, то развѣ только съ точки зрѣнія сторонъ: дѣло остается забытымъ между сторонами, и если отвѣтчикъ возбуждаетъ вопросъ о давности, то этимъ онъ признаетъ, что дѣло не предано забвенію—судъ не вмѣшивается въ это. Но во 2 ч. X т. еще въ одной статьѣ говорится мимоходомъ о давности владѣнія; именно, въ ст. 709 суду второй степени предписывается въ дѣлахъ между казною и частными лицами обращать особенное вниманіе на давность. Если имѣть въ виду духъ Свода, заботливость редакторовъ его о соблюденіи казеннаго интереса, то это исключеніе будетъ совершенно ясно. Извѣстно, какихъ изъятій не допускаетъ Сводъ ради этого интереса. Къ числу такихъ изъятій должно отнести и возбужденіе вопроса о давности. — Не менѣе интересенъ вопросъ о заявленіи факта недѣйствительности письменнаго акта въ виду незаконности и подложности его, — какъ факта обосновывающаго притязаніе истца на обвиненіе и притязаніе отвѣтчика на оправданіе. Онъ обосновываетъ матеріально-правовое притязаніе истца въ томъ смыслѣ, что обезсиливаетъ возраженіе отвѣтчика, представляющаго актъ и—притязаніе отвѣтчика въ томъ смыслѣ, что обезсиливаетъ требованіе истца. Спрашивается, могъ ли по 2 ч. X т. судъ самъ,

или же могли только тяжущіеся возбудить вопросъ о право-и дѣеспособности лицъ, совершившихъ актъ, о законности формы его, объ отсутствіи причинъ, уничтожающихъ волю лица, о подлинности его и законности содержанія. Изъ этихъ вопросовъ слѣдуетъ совершенно выдѣлить послѣдній: судъ самъ возбуждаетъ вопросъ о противузаконности содержанія акта, въ силу того, что это обстоятельство есть причина ничтожности акта (въ силу закона)— актъ считается несуществовавшимъ никогда. Но могъ ли судъ возбудить остальные вопросы, когда стороны ихъ не возбуждаютъ? Нѣтъ. Подтвержденіемъ можетъ служить ст. 329, въ силу которой письменныя доказательства, *признанныя дѣйствительными отъ того лица, противъ котораго представлены* составляютъ совершенное доказательство. Такъ что, если судъ изъ акта или изъ другихъ источниковъ узнаетъ, что актъ выданъ стороною, когда она еще не была въ правѣ его выдавать, когда судъ усмотритъ въ актѣ явное отступленіе отъ формальнаго требованія закона, когда ему будетъ извѣстно, что актъ совершенъ подъ вліяніемъ насилія, ошибки, обмана, когда онъ узнаетъ, что актъ подложенъ, и все-таки не будетъ сдѣлано соотвѣтствующаго заявленія стороны, противъ которой актъ представленъ, то судъ не вправѣ возбуждать эти вопросы. Состязательное начало требуетъ этого; суду нѣтъ дѣла, подложенъ актъ, или онъ подлинный,—для него онъ существуетъ въ силу неотрицанія его противникомъ. Таково несомнѣнно общее положеніе, начало. Оно подтверждается еще по отношенію къ вопросу о подложности акта. Общее начало въ связи съ тѣмъ, а) что *при „показаніи“ тяжущимися*, въ опроверженіе дѣйствительности письменнаго доказательства, того, что *весь актъ или подпись подложны*, дѣлается сличеніе почерковъ (ст. 348), б) что судъ обязанъ, въ случаѣ возраженія, удостовѣриться въ подлинности акта (346), и в) что если въ опроверженіе документа сторона назоветъ его подложнымъ, то начинается производство о подлогѣ (ст. 1165)—ставятъ вопросъ о возбужденіи спора противъ подлинности акта самими тяжущимися внѣ сомнѣнія. Но Сводъ не такой законодательный актъ, чтобы изъ него сразу можно было извлечь общее начало; всегда найдется поводъ къ сомнѣнію; такъ и въ вопросѣ о подложности акта: 1) въ ст. 323 говорится, что „всякаго рода письменные акты, представленные сторонами, разсматриваются судомъ“ — точка, и затѣмъ: „при сомнѣніи о подлинности ... надлежитъ учинить справки“ 2) въ ст. 355 сказано: если произойдетъ „извѣтъ“ о подлогѣ акта, то судъ производитъ изслѣдованіе и 3) въ 441 ст. говорится, что судъ обязанъ приступить къ рѣшенію *всякаго* дѣла, особливо сомнительнаго .... не иначе, какъ по учиненіи справокъ о подлинности документа, предъявленнаго стороною. Изъ смысла этихъ статей выходитъ какъ будто бы, что судъ могъ возбудить вопросъ о подложности акта, причемъ вопросъ этотъ могъ возникнуть: 1) при разсмотрѣніи акта, и 2) по „извѣту“. Анализъ указанныхъ статей покажетъ, что это не такъ. Редакторы Устава видятъ по этому вопросу во 2 ч. X т. смѣшеніе двухъ противуположныхъ началъ, но съ этимъ нельзя согласиться. Я постараюсь доказать, что Сводомъ принято лишь одно начало, но, благодаря неудачной редакціи, можно сомнѣваться въ послѣдовательномъ проведеніи его. Эти сомнѣнія устраняются надлежащимъ толкованіемъ упомянутыхъ статей. 1) Ст. 323. Въ первой половинѣ ея указывается на общую обязанность суда не оставлять безъ разсмотрѣнія акта, представленнаго сторонами, а во второй половинѣ говорится, какъ поступить ему, если возникнетъ сомнѣніе (въ комъ? — не сказано) въ подлинности акта. Обѣ половины статьи, хотя и соединены и составляютъ одну, но говорятъ о разныхъ вещахъ и связывать ихъ такимъ образомъ: „сомнѣніе въ подлинности“, о которомъ говорится въ первой части, можетъ возникать при разсмотрѣніи акта, о чемъ говорится во второй части, нельзя, ибо въ первой преподается отвлеченное правило объ обязанности суда, во второй говорится о конкретномъ случаѣ возникновенія сомнѣнія. Эта связь была бы возможна, еслибы въ первой части

статьи присоединено было относящееся къ конкретному случаю правило о томъ, что̀ судъ дѣлаетъ по представленіи ему документовъ, а именно: судъ подвергаетъ своему разсмотрѣнію предъявленный актъ и въ случаѣ сомнѣнія и т. д. Редакція этой части, однако, вовсе не такова. Если же вторая половина статьи не связана съ первой, то понятно, о какомъ сомнѣніи идетъ рѣчь — о сомнѣніи по общему правилу, возбуждаемому стороною. 2) Ст. 355. Упомянутое въ ней выраженіе „извѣтъ" можетъ быть понимаемо какъ „извѣтъ", исходящій отъ суда, а не отъ тяжущихся, т.-е. что судья можетъ возбудить вопросъ о подлинности, если стороною узнаетъ о подлогѣ; такъ что можно думать, что здѣсь идетъ рѣчь о другомъ, а не о томъ, о чемъ говоритъ предыдущая статья, т.-е. не о возбужденіи вопроса о подлинности самими сторонами, а указаніе на подлогъ со сторны лица посторонняго. Это невѣрно. Ст. 356 есть естественное продолженіе предыдущихъ статей; въ ней указаны дальнѣйшія послѣдствія того же случая, т.-е. возбужденія вопроса о подлинности самими тяжущимися. Чтобы убѣдиться въ этомъ, представимъ себѣ, что статьи этой нѣтъ въ Сводѣ; что же дѣлать судьѣ, если, какъ говорится въ предыдущихъ статьяхъ, онъ произведетъ изслѣдованіе, сличитъ почерки и придетъ къ тому, что актъ подложенъ? Ст. 355 и опредѣляетъ, что въ этомъ случаѣ дѣлу долженъ быть данъ „уголовный ходъ". Если такъ, если ст. 355 говоритъ о томъ же случаѣ, какъ и предыдущія статьи, т.-е. о возбужденіи вопроса о подлинности тяжущимися, то подъ „извѣтомъ" и должно быть понимаемо это возбужденіе. Неудачная-же терминологія объясняется тѣмъ, что предыдущія статьи (348—364) новыя [1]), впервые появившіяся въ Сводѣ 1857 г., а статья 355, съ ея „извѣтомъ" старая [2]); редакторы 2 ч. X т. должны были выразить мысль этой статьи, опредѣлить послѣдствія обнаружившагося подлога, но они должны были формулировать ее точнѣе, а они оставили ее въ томъ видѣ, какъ она была въ предыдущемъ изданіи Свода — что и породило сомнѣніе. Наконецъ 3) ст. 441: въ силу ея, какъ казалось бы, во всѣхъ дѣлахъ (безъ „документовъ" и съ „документами"), особенно въ сомнительныхъ и требующихъ разъясненія, судъ долженъ собирать справки. Такъ что по всякому дѣлу съ документомъ судомъ долженъ быть возбужденъ вопросъ о подлинности и въ этомъ направленіи должны собираться справки. Но такое толкованіе статьи совершенно невѣрно. Она говоритъ объ обязанности суда собирать справки, когда сторона уже заподозрила документъ въ подлинности. Прежде всего, въ статьѣ имѣется логическій абсурдъ: по „всякому дѣлу", „особливо сомнительному", сказано тамъ, должны быть учинены справки; если справки должны быть учинены „особливо по сомнительному" дѣлу, то значитъ не по „всякому"; „особливо сомнительныя" дѣла ограничиваютъ кругъ дѣлъ, по которымъ должны быть учинены справки, именно сомнительными, такъ что о всякомъ нельзя ужъ говорить. Но оставляя пока въ сторонѣ вопросъ, могли ли быть справки собираемы по всякому дѣлу, мы разсмотримъ вопросъ, по всякому ли дѣлу съ „документомъ", т.-е. по такому, въ которомъ въ числѣ доказательствъ находились и письменные акты, судъ самъ ex officio могъ собирать справки именно о *подлинности* этого документа. Надо думать что не по всякому сомнительному дѣлу съ документомъ могли быть чинимы эти справки. Могли быть дѣла, доказываемыя домашними актами, не санкціонированными правительственными мѣстами и ни въ какомъ изъ присутственныхъ мѣстъ не сохранившими слѣда; слѣдовательно, и справляться о подлинности негдѣ было. Я иду, наконецъ, еще далѣе: не по всякому сомнительному дѣлу съ доку-

---

[1]) В. утв. мн. Г. С. 17 іюня 1857 г.

[2]) Взята изъ указа 16 декабря 1880 года, который почерпнулъ ее изъ Уложенія 1649 г. гл. IV, ст. 1 и 2. См. Михайловъ, Рус. граж. суд. стр. 153.

ментомъ, даже сохранившему слѣды въ присутственномъ мѣстѣ, судъ самъ ex officio могъ собирать справки именно о подлинности, если только подъ сомнительнымъ дѣломъ понимать такое, въ которомъ есть основаніе сомнѣваться въ подлинности представленнаго акта. Отношеніе стороны, противъ которой предъявленъ актъ, къ самому акту можетъ быть двояко: сторона или признаетъ, или не признаетъ его. Въ первомъ случаѣ актъ есть „совершенное доказательство", какъ сказано въ законѣ, и о справкахъ не можетъ быть рѣчи. Только во второмъ случаѣ, при непризнаніи акта, судъ собираетъ справки. А что такое непризнаніе акта, какъ не отрицаніе его подлинности? Значитъ справки могли быть собираемы судомъ лишь по такому сомнительному съ документомъ дѣлу, которое сохранило слѣды въ присутственномъ мѣстѣ и въ которомъ вопросъ о подлинности акта возбужденъ стороною, по дѣламъ-же сомнительнымъ лишь по мнѣнію самаго суда, это было невозможно. Хотя за возбужденіемъ стороною вопроса о подлинности и слѣдуетъ сличеніе почерковъ, но это не мѣшаетъ собиранію справокъ (ст. 323, 346). Слѣдовательно, въ силу 441 ст. отнюдь нельзя придти къ заключенію, что судъ, найдя актъ сомнительнымъ, собираетъ справки о подлинности, т.-е. возбуждаетъ вопросъ о подложности. Анализъ упомянутыхъ трехъ статей, кажется, подтверждаетъ общее положеніе, что только за тяжущимися признается право возбужденія вопроса о подлинности акта, какъ заявленія о фактѣ обосновывающемъ притязаніе противника. Такъ что оба частныхъ случая т. е. вопросы о давности и подлинности акта, рѣшаются въ принципѣ согласно съ тѣмъ общимъ положеніемъ, что по Своду судъ самъ не указываетъ на факты, обосновывающіе матеріально-правовыя притязанія сторонъ. Что касается того положенія, что „судья рѣшаетъ дѣло только на основаніи фактовъ, представленныхъ сторонами", то признаніе его 2 ч. X т. отчасти подтверждается вышеизложеннымъ; но одна, главнѣйшая сторона его осталась невыясненной, а именно: можетъ-ли судья руководиться собственными свѣдѣніями, добытыми помимо тяжущихся? Признаніе этого положенія въ общемъ порядкѣ производства не можетъ подлежать сомнѣнію; хотя прямо оно не формулировано, но должно быть выведено изъ того, что всегда, гдѣ законъ говоритъ о воспріятіи судомъ фактовъ, доказательствъ и т. п. для составленія убѣжденія по дѣлу, онъ прямо или косвенно указываетъ на источникъ, откуда эти факты и доказательства идутъ; говоря, что судъ удостовѣряется въ подлинности, сейчасъ же говоритъ какимъ образомъ происходитъ это и откуда черпаются свѣдѣнія, справки и т. п.; говоря, что судъ рѣшаетъ дѣло на основаніи заявленій и возраженій сторонъ, говоритъ, что эти заявленія и возраженія идутъ отъ истца и отвѣтчика. Такъ что на основаніи собственныхъ свѣдѣній судья не долженъ рѣшать дѣла. Если такимъ образомъ рѣшается вопросъ о фактическомъ обоснованіи по общему порядку, то онъ иначе не можетъ быть рѣшенъ относительно производства суда „по формѣ". Въ силу 1121 ст. „судьи своимъ вымысломъ не должны въ судномъ дѣлѣ ничего ни прибавлять, ни убавлять а только, разсмотрѣвъ говоренное на судѣ, постановить рѣшеніе по законамъ".

Таково положеніе вопроса объ обосновывающихъ фактахъ по 2 ч. X т. Извлечь изъ постановленій Свода основное начало, согласное съ теоріею, можно, но, сознаемся, нужно быть глубоко пропитаннымъ идеею состязательнаго начала, не то проглядишь, упустишь иное, повидимому неважное, постановленіе, или не примѣнишь того или другаго соображенія. Если какой идеею и были пропитаны прежніе судьи, то ужъ никакъ не идеею состязательности...

Уставъ и въ этомъ вопросѣ имѣетъ тоже значеніе, что и въ предыдущемъ — онъ ясно, категорично формулировалъ начало, и что важнѣе еще, спеціально указалъ случаи примѣненія его. Что касается перваго изъ упо-

мянутыхъ положеній, т.-е. что судья не указываетъ сторонамъ на необходимость приведенія извѣстныхъ обосновывающихъ фактовъ, то положеніе это хотя не такъ формулировано, но Уставъ а) не допускаетъ иного вмѣшательства суда въ періодъ письменной подготовки, кромѣ *посредничества*, слѣдовательно тутъ ему невозможно указывать на тотъ или другой фактъ, (ст. 317, 318) и b) въ періодъ слушанія дѣла, положительная дѣятельность суда, ограничивается тѣмъ, что судъ выслушиваетъ обѣ стороны (ст. 13, 330) и только можетъ *требовать объясненій отъ стороны, выражающейся неясно*, или неопредѣленно... (ст. 335); онъ не можетъ, слѣдовательно, самъ отъ себя указывать на тотъ или другой фактъ; въ особенности, не можетъ возбуждать ни вопроса о давности, если тяжущіеся на нее не ссылались (ст. 132, 706) [1]), ни о прекращеніи иска силою судебнаго рѣшенія, исполненія обязательства, или мировой сдѣлки, ни о принадлежности права на искъ другому лицу (ст. 589), ни возбуждать сомнѣнія въ подлинности акта, ни возбуждать вопроса о подлогѣ его (ст. 541), о недѣйствительности его какъ по формѣ совершенія (Рѣш. Г. К. Д. 1160/70), такъ и по недѣеспособности лица обязавшагося (Рѣш. Г. К. Д. 1200/70) и т. д. Что же касается второго положенія, т.-е что судъ рѣшаетъ дѣло только на основаніи фактовъ, представленныхъ сторонами, то это признано Уставомъ нераздѣльно съ доказательствами, а именно: рѣшеніе суда должно быть основано на доказательствахъ, представленныхъ сторонами и на доводахъ, изъясненныхъ при изустномъ состязаніи (ст. 129, 339). О conscientia спеціально не упоминается, но это уже понимается само собою: если судья можетъ основываться только на фактахъ, представленныхъ тяжущимися, то онъ не можетъ основываться на фактахъ, не представленныхъ ими, а извѣстны ли эти факты судьѣ, или неизвѣстны, это безразлично; достаточно того, что сторона ихъ не предъявила и ужъ на нихъ не можетъ быть построено рѣшеніе [2]).

б) *Юридическое обоснованіе матеріально-правовыхъ притязаній*: истца на обвиненіе, отвѣтчика на оправданіе. Подъ фактическимъ обоснованіемъ этихъ притязаній, какъ мы видѣмъ, понимается приведеніе *фактовъ* обосновывающихъ, а подъ обоснованіемъ юридическимъ понимается приведеніе *юридическихъ* нормъ, обосновывающихъ эти притязанія. При фактическомъ обоснованіи факты приводятся сторонами, судъ же самъ ихъ не приводитъ, не предлагаетъ тяжущимся привести тотъ или другой фактъ, не возбуждаетъ въ этомъ смыслѣ никакихъ новыхъ вопросовъ, а рѣшаетъ дѣло только на основаніи фактовъ, приведенныхъ сторонами. Такъ ли обстоитъ дѣло съ юридическими нормами? Нѣтъ, совершенно обратно. Стороны, хотя и могутъ указать на эти нормы, но это не имѣетъ никакого значенія: судъ самъ ихъ приводитъ, хотя бы стороны на нихъ и не указывали. Всѣ процессуалисты такъ разрѣшаютъ этотъ вопросъ, но никто не говоритъ, почему это такъ. а не иначе. Судебная власть, есть власть исполнительная [3]) въ томъ смыслѣ, что она примѣняетъ законъ или обычай, въ предѣлахъ указанныхъ закономъ, къ конкретнымъ случаямъ, до которыхъ они касается. Судъ, постановляя рѣшеніе въ общемъ смыслѣ (по частному вопросу или по существу дѣла), строитъ изъ трехъ положеній силлогизмъ, причемъ заключеніе есть самое рѣшеніе, большая посылка—

---

[1]) Сенатъ не такъ понялъ редакторовъ Устава; онъ думаетъ, что запрещеніе возбуждать вопросъ о давности есть спеціальное исключеніе изъ общаго правила, не распространяющіеся на другіе случаи; онъ полагаетъ, что вопросъ объ истеченіи срока задаточной росписки можетъ быть возбужденъ судомъ, ибо это не давностный срокъ № 598 1870 г.

[2]) Не можетъ судъ,—какъ удачно выразился г. Миловидовъ (стр. 100),—количественно восполнять предложенный сторонами матеріалъ.

[3]) Ahrens, Naturrecht B. 2 § 132, его-же, Recht und Rechtsw. y Holzendorf'a стр. 66.

юридическая норма, обосновывающая притязаніе, меньшая посылка — констатированный судомъ обосновывающій фактъ [1]); судъ констатируетъ обосновывающій фактъ и формулируетъ тѣмъ меньшую посылку; но чтобы постановить рѣшеніе, чтобы вывести и формулировать заключеніе, онъ — если онъ рѣшаетъ дѣло,—долженъ подыскать большую посылку. Отчего-бы сторонамъ,—такъ какъ онѣ предъявляютъ, указываютъ на обосновывающіе факты (и доказываютъ ихъ), отчего бы имъ не предоставить права указывать на юридическія нормы и исключить тѣмъ это права суда? Это было бы противно: 1) идеи суда, какъ органа исполнительной власти и 2) идеи справедливости. Это было бы противно идеи суда, какъ органа исполнительной власти, потому, что лишало бы его возможности примѣнять ту норму, какую его обязываетъ долгъ; воля законодателя, воплотившаяся въ законѣ, требуетъ, чтобы къ данному конкретному случаю былъ примѣненъ именно соотвѣтствующій ему законъ, а не другой, какой пожелаютъ тяжущіеся; потому то, если тяжущимся и не запрещается ссылаться на законъ, то для суда это не имѣетъ значенія. Отклоненіе притязанія есть тоже рѣшеніе (отрицательное), а отклоненіе вполнѣ законнаго притязанія, предвидѣннаго закономъ и основаннаго на немъ, есть рѣшеніе противузаконное; судья тутъ не *примѣняетъ* закона, а напротивъ *не* примѣняетъ его къ случаю, о которомъ говоритъ законъ. Указанный сторонами фактъ отклоняется судомъ въ томъ смыслѣ, что онъ отвергаетъ, не признаетъ обосновывающую его силу, но уже другого факта привести въ обоснованіе не можетъ; относительно же юридическихъ нормъ надо сказать, что онъ приводитъ ихъ самъ, чтобы остаться вѣрнымъ своему назначенію; онъ обосновываетъ юридически притязаніе, примѣняя надлежащій законъ. Во-2-хъ противное противорѣчило бы идеи справедливости; была бы создана вреднѣйшая изъ привилегій для тяжущагося, знающаго законъ, и богатаго, находящагося въ состояніи нанять свѣдущаго адвоката во вредъ тяжущемуся, незнающему закона, или бѣдному, не имѣющему средствъ нанять законовѣдца. Вполнѣ основательное притязаніе пришлось-бы отвергнуть только потому, что сторона по незнанію, или вовсе не сослалась на законъ, а просто изложила свое притязаніе и указала на обосновывающій фактъ, руководясь естественнымъ чувствомъ справедливости, или же указала на ненадлежащую норму, между тѣмъ какъ притязаніе совершенно подходитъ подъ другую норму и представленный фактъ дѣйствительно обосновываетъ его. Вотъ почему судъ ex officio приводитъ обосновывающія нормы и еслибы стороны ихъ вовсе не приводили, то онъ ихъ подыскиваетъ, и еслибы онѣ привели не тѣ нормы, то онъ приводитъ и примѣняетъ надлежащія.

По 2 ч. X т. прямо не требуется, чтобы стороны ссылались на законъ въ обоснованіи своихъ притязаній, но если онѣ при рукоприкладствѣ замѣтятъ, что въ докладной запискѣ не указаны надлежащіе законы, то вправѣ указать, какіе законы должны быть приняты въ соображеніе (ст. 460). Но это, очевидно, обязательнаго для суда значенія не имѣетъ, такъ какъ законодатель главную заботу о приведеніи надлежащихъ законовъ возлагаетъ на судъ: секретарь обязанъ скрѣпить выписку рукоприкладства словами:... „узаконенія приличныя означены всѣ и болѣе приличныхъ узаконеній не имѣется“ (ст. 461), и судьи при докладѣ наблюдаютъ прилежно, дабы ничего изъ законовъ пропущено не было (ст. 466). По Уставу гр. суд. хотя и требуется, чтобы въ исковомъ прошеніи были означены законы, на которыхъ основанъ искъ (ст. 257, п. 5), но это не имѣетъ никакого значенія, такъ какъ ни между поводами возвращенія прошенія (ст. 266), ни между поводами оставленія его безъ движенія (ст. 269) не упомянуто о неуказаніи на соотвѣтствующіе законы,

---

[1]) Wetzel, н. с. стр. 527.

изъ чего можно вывести, что судъ обязанъ принять прошеніе, въ которомъ о законахъ ничего не говорится и приступить къ совершенію дальнѣйшихъ судебныхъ дѣйствій и рѣшить дѣло, основываясь на законѣ. Но нельзя ли это упоминаніе о законахъ въ ст. 257, п. 5, истолковать такъ, что если-де законы истцемъ не приведены, то судъ ихъ приводитъ и примѣняетъ, а если истецъ указалъ на нихъ въ прошеніи, то они обязательны для суда, т.-е. онъ другихъ законовъ примѣнить не можетъ? Нѣтъ, это было бы противно смыслу ст. 9, въ силу которой всѣ судебныя установленія должны рѣшать дѣло по точному *разуму* существующихъ *законовъ*. Возможно-ли рѣшеніе по разуму закона, когда тяжущійся можетъ связать судъ въ этомъ отношеніи? Отклоненіе законнаго притязанія—рѣшеніе противное разуму закона, а между тѣмъ, если связать судъ примѣненіемъ только нормы указанной тяжущимся, то такихъ рѣшеній было бы великое множество. Но Уставъ допустилъ одно исключеніе [1]), касающееся нормъ обычнаго права, а именно: мировой судья можетъ по ссылкѣ одной или обѣихъ сторонъ рѣшить дѣло на основаніи мѣстныхъ обычаевъ, примѣнить ту или другую норму обычнаго права; но въ силу 130 ст. Устава онъ это можетъ сдѣлать только въ такомъ случаѣ, когда одна или обѣ стороны на обычай ссылаются; *другую обычную норму онъ примѣнить не можетъ.* Понятно само собой, что рѣшеніе вопроса, насколько къ данному случаю можетъ быть примѣнена норма обычнаго права, насколько судья ссылкою дѣйствительно воспользуется — предоставлено ему. Нѣкоторые ученые находятъ въ Уставѣ еще одно исключеніе, а именно, примѣненіе иностранныхъ законовъ; но это нельзя признать исключеніемъ потому, что будетъ ли сдѣлана ссылка на иностраннный законъ или нѣтъ, на судью законъ возлагаетъ общую обязанность примѣнять въ извѣстныхъ случаяхъ (ст. 707) иностранные законы.

### *2. Обоснованіе процессуальныхъ притязаній.*

а) *Фактическое обоснованіе этихъ притязаній.* Подъ фактическимъ обоснованіемъ здѣсь, какъ и выше, понимается указаніе на факты, лежащіе въ основаніи даннаго процессуальнаго притязанія. Всякое процессуальное притязаніе стороны, чтобы достигнуть цѣли, должно соотвѣтствовать извѣстнымъ фактическимъ предположеніямъ; такъ, притязаніе на начатіе даннымъ лицомъ противъ другого въ данномъ судѣ даннаго процесса, чтобы дѣйствительно привести къ желанной цѣли, предполагаетъ, что данный судъ компетентенъ, что дѣло по роду своему есть гражданское, что стороны обладаютъ процессуальною дѣеспособностью и т. д. Этимъ фактическимъ предположеніямъ долженъ соотвѣтствовать фактическій строй даннаго притязанія, т. е. факты, на которыхъ основано притязаніе; напр., подсудность дѣла данному суду есть фактическое предположеніе упомянутаго притязанія; чтобы судъ совершилъ тѣ дѣйствія, о которыхъ стороны его просятъ, необходимо, чтобы были въ наличности факты, соотвѣтствующіе этому предположенію. Кто ихъ приводитъ? Быть можетъ, въ данномъ дѣлѣ имѣются факты обратнаго свойства, не соотвѣтствующія этимъ предположеніямъ, почему и самое притязаніе не можетъ произвести ожидаемаго эффекта? Это зависитъ отъ того, о какомъ фактическомъ предположеніи идетъ рѣчь. Во-первыхъ, въ виду того, что процессуальное отношеніе есть отношеніе публичнаго права, государство и органъ его, судъ, не могутъ къ нему относиться безразлично; общественный, государственный интересъ заставляетъ судъ принять болѣе активное положеніе, именно изслѣдовать такіе пороки процесса, какъ ихъ называетъ Менгеръ, отъ кото-

[1]) Такой смыслъ и придаетъ ст. 130 Сонатъ.

рыхъ страдаютъ интересы правосудія. Менгеръ [1]), а также и другіе [2]) даютъ исчерпывающее перечисленіе ихъ; но, какъ всегда, такія перечисленія не могутъ обнять всей массы этихъ пороковъ. Эти пороки процесса суть отступленія отъ фактическихъ предположеній, на которыхъ основаны притязанія сторонъ. Фактическія предположенія, въ сохраненіи силы которыхъ заинтересовано государство, являются предметомъ изслѣдованія самаго суда: судъ самъ подыскиваетъ факты, и если сторона ихъ привела, то это для него не имѣетъ обязательнаго значенія; онъ самъ противупоставляетъ данному факту другой, если найдетъ въ фактическомъ строѣ притязанія такой фактъ, который не соотвѣтствуетъ данному предположенію притязанія. Къ числу такихъ фактическихъ предположеній относится, напр., какъ увидимъ, наличность полномочія у повѣреннаго. Хотя сторона, осуществляя свое притязаніе на начатіе процесса, и приводитъ этотъ фактъ, т.-е. повѣренный, являясь на судъ, заявляетъ объ этомъ, но судъ не довѣряетъ ему; онъ вправѣ усомниться, соотвѣтствуетъ-ли фактъ наличности полномочія у даннаго повѣреннаго предположенію, на которомъ основано притязаніе. Сюда же относится фактъ наличности процессуальной дѣеспособности. Судъ можетъ усомниться въ этомъ, онъ можетъ привести фактъ, противный этому предположенію, потому что предположеніе объ этой способности тяжущихся принадлежитъ къ числу такихъ, о сохраненіи силы которыхъ судъ самъ долженъ заботиться, не довѣряя тяжущемуся, истцу, считающему себя дѣеспособнымъ, т.-е. предполагающему, что это фактическое предположеніе не нарушено въ данномъ притязаніи. Точно также и въ вопросѣ о способности суда по данному дѣлу; судъ долженъ заботиться о томъ, чтобы это предположеніе было сохранено, т.-е чтобы въ данномъ дѣлѣ, если желательно достиженіе цѣли притязанія, фактъ способности судьи былъ въ наличности и т. д. Независимо отъ того, что факты эти приводятся судомъ, говоря проще, вопросы эти возбуждаются судомъ, сторона заинтересованная можетъ указать суду на наличность или на отсутствіе соотвѣтствія предположенія съ фактомъ, можетъ привести фактъ, указывающій на это; напр., при притязаніи на начатіе процесса, истецъ всегда ссылается на фактъ своей правоспособности; отвѣтчикъ можетъ сослаться на фактъ неправоспособности истца, или напр. истецъ, какъ и отвѣтчикъ, могутъ указать на фактъ неспособности судьи. Но всѣ эти указанія для суда обязательнаго значенія не имѣютъ—будутъ-ли они сдѣланы или нѣтъ это не удерживаетъ его отъ исполненія обязанности; въ концѣ концовъ онъ, судъ, обосновываетъ притязаніе: ненадлежащій фактъ, приводимый стороною, замѣняется имъ надлежащимъ фактомъ. Откуда же онъ черпаетъ эти факты? Обязанность его по отношенію къ этимъ фактамъ можно считать выполненною, если онъ лишь предположительно выставитъ фактъ противный тому, которымъ обосновывается притязаніе стороны. Состязательное начало требуетъ, чтобы онъ воздерживался отъ розысканія этого факта; сохранивъ общее, основное положеніе, онъ лишь долженъ построить предположеніе, если къ тому, конечно, имѣетъ основаніе; если-же онъ не находитъ въ самомъ дѣлѣ подтвержденія своего сомнѣнія, то долженъ обязать сторону, предъявившую притязаніе, доказать существованіе факта, на которомъ основано ея притязаніе; напр., судья видитъ, что истецъ — мальчикъ; у него есть основаніе предположить недѣеспособность истца и потребовать доказательства дѣеспособности, хотя-бы отвѣтчикъ ничего не имѣлъ противъ истца. Въ силу того, что вопросы объ этихъ фактахъ возбуждаются самимъ судомъ, указаніе на нихъ-же не должно быть ограничено никакими сроками, а можетъ быть представлено до конца процесса—указаніе это должно имѣть лишь значеніе напоминанія стороною суду объ испол-

[1]) Menger, н. с., стр. 279.

[2]) Bülow, Die Lehre von den Processeinreden und Processvoraussetzungen S. 5.

ненія имъ своей обязанности. И дѣйствительно, если судъ самъ долженъ возбудить вопросъ о неспособности повѣреннаго, о неспособности судьи и т. п., но не сдѣлалъ этого, то указаніе на это тяжущимися заставитъ его изслѣдовать этотъ вопросъ такъ, какъ будто этого указанія не было сдѣлано и самъ онъ, по собственному почину, возбудилъ вопросъ. Противное, т.-е. требованіе, чтобы сторона возбудила лишь въ опредѣленный срокъ вопросъ, возбужденіе котораго лежитъ на обязанности суда, привело бы къ невыполненію судомъ его задачи. Законъ не даромъ требуетъ, чтобы судья возбуждалъ вопросъ о процессуальной способности стороны. Положимъ судья не сдѣлалъ этого, сторона противная пропустила срокъ для возбужденія этого вопроса и цѣль закона не достигнута: на судѣ фигурируетъ неправоспособный субъектъ только потому, что сторона не возбудила въ срокъ даннаго вопроса. Словомъ, выполненіе судомъ своей обязанности, какъ органа власти, въ интересахъ общества, было-бы поставлено въ зависимость отъ воли и дѣйствія частнаго лица. Хотя иногда такіе случаи допускаются законодательствами,—напр., Герм. Уставъ (§ 247), да и нашъ ограничиваютъ притязаніе на устраненіе судей срокомъ (ст. 667),—но обыкновенно факты, которые приводятся судомъ, также могутъ быть приведены стороною во всякомъ положеніи дѣла; напр., какъ увидимъ, по нашему Уставу, фактъ неимѣнія у повѣреннаго полномочія можетъ быть приведенъ какъ судомъ, такъ и противникомъ стороны, обосновавшей свое процессуальное притязаніе фактомъ имѣнія полномочія, во всякомъ положеніи дѣла. Во-вторыхъ, могутъ быть факты, которые непремѣнно и только приводятся стороною, а судомъ не можетъ быть возбужденъ вопросъ о существованіи или несуществованіи ихъ; помимо возраженія противника стороны осуществляющей притязанія, т.-е. помимо указанія его на фактъ, противуположный тому, которымъ обосновано притязаніе стороны, вопросъ возбужденъ быть не можетъ. Въ этомъ случаѣ отношеніе суда съ обосновывающимъ фактамъ тоже, что и при обоснованіи матеріально-правовыхъ притязаній.

По отношенію къ фактамъ второго рода состязательное начало проявляется въ полной мѣрѣ, перваго рода — не проявляется. И дѣйствительно, факты перваго рода принадлежитъ къ числу такихъ (напр., процессуальная способность, объективная подсудность) сохраненіе истиннаго значенія и силы которыхъ лежатъ въ интересахъ общества и представителя его интересовъ судьи. Указаніе на нихъ со стороны тяжущихся имѣетъ лишь значеніе напоминанія—усмотрѣніе стороны тутъ не имѣетъ значенія. Факты второго рода суть обыкновенно такіе, въ которыхъ затронутъ единственно интересъ частнаго лица, напр., фактъ условной правоспособности, (напр. непринадлежность къ подданству иностраннаго государства,—на чемъ основано притязаніе на начатіе процесса иностранцемъ безъ представленія обезпеченія издержекъ)—въ отсутствіи его заинтересованъ лишь отвѣтчикъ. Потому и суду нѣтъ основанія возбуждать вопросъ о правоспособности. Тутъ, какъ и при матеріально-правовомъ притязаніи, судъ не возбуждаетъ вопроса о существованіи даннаго факта. Различіе заключается лишь во времени и условіяхъ доказыванія: при матеріально-правовомъ притязаніи фактъ тотчасъ же доказывается, при нѣкоторыхъ же процессуальныхъ притязаніяхъ—послѣ возраженія противника.

Переходя къ законодательнымъ постановленіямъ, замѣчу, что я далекъ отъ мысли исчерпать всѣ факты или покрайней мѣрѣ типы фактовъ, которыми обосновываются процессуальныя притязанія. Я возьму, для примѣра, изъ процессуальныхъ притязаній два выдающихся, а именно: 1) притязаніе на начатіе процесса и 2) притязаніе на привлеченіе свидѣтеля. 1) Какими же фактами прежде всего обосновывается притязаніе на начатіе процесса? То, что Бюловъ [1]) называетъ вообще процессуальными предположеніями, суть,

---

[1]) Bülow, н. с. стр. 5.

какъ вѣрно замѣтилъ Менгеръ [1]), фактическія предположенія или факты, обосновывающіе притязаніе на начатіе процесса (Anspruch auf Einleitung des Verfahrens). Я лишь немного измѣню эти предположенія Бюлова. Существенныя фактическія предположенія суть: 1) подсудность даннаго дѣла данному суду, 2) способность судьи быть таковымъ, 3) процессуальная дѣеспособность тяжущихся и 4) способность ихъ повѣренныхъ. 1) Что касается *подсудности даннаго дѣла данному суду,* то по Своду указаніе на это со стороны истца не имѣетъ обязательнаго значенія для суда; немедленно по предъявленіи притязанія на начатіе процесса (исковаго прошенія), судъ возбуждалъ вопросъ о подсудности; это видно изъ ст. 267 п. 16, въ силу которыхъ судъ еще до вызова отвѣтчика могъ возвратить прошеніе, такъ какъ оно подано не въ надлежащій судъ, не выжидая возраженія отвѣтчика; слѣдовательно, до предъявленія имъ притязанія на неначатіе процесса, судъ отклонялъ дѣло, осуществляя, какъ бы за отвѣтчика, его притязаніе на неначатіе процесса. Но еслибы судъ все-таки началъ процессъ, могла ли противная сторона осуществить притязаніе на неначатіе его, или вѣрнѣе на прекращеніе дѣла? Очевидно могла. По правиламъ 2 ч. X т., говорятъ редакторы Устава, отвѣтчикъ имѣлъ возможность предъявить во всякое время отводы, имѣющіе цѣлью уничтожить все бывшее производство. Случалось нерѣдко, что по заключенію производства, вдругъ опять возбуждался вопросъ о подсудности [2]). Подсудность принадлежитъ къ числу тѣхъ фактовъ, вопросъ о которыхъ возбуждается и судомъ, и сторонами; истецъ утверждаетъ этотъ фактъ, судъ выставляетъ противуположный (неподсудность), а если онъ его не выставляетъ, то отвѣтчикъ можетъ это сдѣлать. Понятно само собою, если судъ въ началѣ могъ устранить дѣло за неподсудностью, то онъ могъ это сдѣлать и по начатіи процесса, по заявленію ли отвѣтчика, или по свѣдѣніямъ, добытымъ инымъ путемъ. Въ этомъ именно случаѣ право „справокъ“ давало суду по смыслу Свода широкій просторъ: боясь строгой отвѣтственности да нарушеніе предѣловъ вѣдомства, онъ долженъ былъ провѣрить фактъ, указанный истцомъ или отвѣтчикомъ, и рѣшить съ полною категоричностью вопросъ о подвѣдомственности или неподвѣдомственности дѣла. Узнавъ по справкамъ или другимъ путемъ, что въ другомъ судѣ производится дѣло о томъ же отвѣтчикѣ, онъ пересылалъ дѣло въ другой судъ; узнавъ, хотя отъ сторожей, что отвѣтчикъ живетъ не тамъ, гдѣ показалъ истецъ, онъ уклонялся отъ разбора дѣла... Сводъ рѣшительно не даетъ основанія тому мнѣнію, что притязаніе отвѣтчика на неразсмотрѣніе дѣла не производило своего дѣйствія вслѣдствіе пропущенія какого либо срока для возбужденія вопроса о неподсудности; судъ принимаетъ притязанія отвѣтчика, когда бы оно не было заявлено; онъ самъ долженъ заботиться о томъ, чтобы не принять неподсуднаго дѣла... Такъ что упрекнуть Сводъ въ томъ, что онъ ставитъ вопросъ о нарушеніи общественнаго интереса въ зависимость отъ усмотрѣнія частнаго лица нельзя. Его можно упрекнуть лишь въ томъ, что онъ безразлично смотритъ на подсудность, какъ на такой вопросъ, который долженъ быть возбужденъ судомъ, а если онъ этого не сдѣлалъ, то—отвѣтчикомъ. Между тѣмъ, въ подсудности надо различать виды ея, такъ какъ нарушеніемъ нѣкоторыхъ изъ нихъ нисколько не нарушается общественный интересъ и то обстоятельство, что подсудность даннаго рода нарушена, т.-е. что истецъ, обосновывая свое притязаніе, указалъ не на надлежающую подсудность дѣла, не даетъ суду основанія входить въ разсмотрѣнія ея до предъявленія соотвѣтствующаго притязанія отвѣтчикомъ. Иначе: не всегда судъ долженъ возбуждать вопросъ о подсудности—должно быть допу-

---

[1]) Menger, н. с. стр. 292.

[2]) Журн. ком. 1862 г. № 65 стр. 95, 96.

щено въ нѣкоторыхъ случаяхъ усмотрѣніе сторонъ; подсудность, указанная такъ или иначе истцемъ, должна быть признана до возраженія отвѣтчика; до или безъ этого возраженія предполагается, что дѣло подсудно данному суду; фактъ подсудности заявленной истцомъ при самомъ осуществленіи притязанія принимается судомъ,—судъ не возбуждаетъ вопроса объ этомъ. Нужно различать два вида подсудности—субъективную, какъ подвѣдомственность даннаго дѣла тому или другому суду одного и того же рода и объективную, какъ подвѣдомственность даннаго дѣла суду того, а не другого рода, и изъ первой выдѣлить подсудность по мѣсту нахожденія недвижимаго имущества. Только вопросъ о подсудности послѣдняго рода (forum rei sitae) и объективной подсудности можетъ быть возбужденъ судомъ; въ сохраненіи ея лежитъ интересъ общества, правосудія. Если притязаніе на начатіе процесса основано на этой подсудности, то судъ самъ устраняетъ притязаніе—молчаніе отвѣтчика не даетъ ему права признать эту подсудность основаніемъ для начатія дѣла въ указанномъ судѣ. Быть можетъ отвѣтчикъ и согласенъ признать эту подсудность, согласенъ судиться въ данномъ судѣ и не возражаетъ, но это не имѣетъ значенія: судъ и противъ его желанія возбуждаетъ вопросъ о неподсудности. Почему же это? Что касается подсудности по мѣсту нахожденія недвижимаго имущества, то она должна быть охраняема судомъ а) въ интересахъ третьихъ лицъ; можетъ случиться, что тяжущіеся спорятъ объ имѣніи, на которое имѣетъ право и третье лицо, и, для того, чтобы лишить его права, сговариваются о томъ, чтобы истецъ предъявилъ искъ въ отдаленномъ отъ мѣста нахожденія имѣнія, судѣ; отвѣтчикъ обѣщаетъ не возбуждать вопроса о подсудности и дѣло оканчивается, скрыто отъ третьяго, или судебнымъ рѣшеніемъ или примиреніемъ; в) въ интересахъ самаго суда: достигается упрощеніе и ускореніе въ разсмотрѣніи дѣлъ о недвижимыхъ имѣніяхъ, требующихъ нерѣдко мѣстнаго осмотра, допроса свидѣтелей на мѣстѣ, обзора документовъ, хранящихся въ имѣніи, и т. п. Что касается объективной подсудности, то едва ли требуется доказывать, что смѣшеніе предѣловъ вѣдомства судовъ общаго, мироваго, коммерческаго, церковнаго, уголовнаго, военнаго и т. д. гибельно отзовется на ходѣ правосудія. Если установлены различные суды, съ различнымъ составомъ, дѣйствующія по своимъ особымъ правиламъ и т. д., то это установлено ради наилучшаго достиженія цѣли правосудія; предоставить усмотрѣнію частнаго лица рѣшеніе вопроса объ объективной подсудности значитъ ставить вопросъ о достиженіи цѣли правосудія въ зависимость отъ воли частнаго лица. Такъ что относительно этихъ двухъ пунктовъ Сводъ правъ, расширяя дѣятельность суда и допуская неограниченное никакими сроками осуществленіе противникомъ своего притязанія на прекращеніе процесса въ данномъ судѣ (не какъ самостоятельнаго, а какъ вспомогательнаго притязанія въ томъ случаѣ, когда судъ не возбудитъ вопроса о подсудности). Но погрѣшаетъ Сводъ противъ состязательнаго начала, предоставляя суду рѣшать вопросъ о субъективной подсудности. Сводъ принялъ общее начало actor sequitur forum rei (ст. 202) и предоставилъ суду возбуждать вопросъ объ этомъ, т.-е. даже о мѣстѣ жительства отвѣтчика. Это явное вторженіе въ автономію частнаго лица; хотя и отъ примѣненія этого начала могутъ иногда страдать интересы третьяго лица, но отъ нарушенія его явно страдаютъ сами тяжущіеся. Договорныя отношенія всего болѣе испытываютъ на себѣ значеніе этого начала; они отличаются подвижностью, которая естественно затруднилась бы; удобство обоихъ тяжущихся должно имѣть въ виду прежде всего; кому какое дѣло, въ какомъ изъ однородныхъ судовъ они желаютъ судиться—порядокъ въ самомъ судопроизводствѣ отъ этого не нарушится; тяжущимся должно быть предоставлено право выбрать любой изъ однородныхъ судовъ. — Уставъ въ этомъ случаѣ вполнѣ удовлетворяетъ научнымъ требованіемъ. Судъ обязанъ не принимать къ своему разсмотрѣнію дѣло:

„когда оно, по роду своему, изъято изъ подсудности окружному суду“ и „когда оно подсудно другому окружному суду по мѣсту нахожденія недвижимаго имущества“, говоритъ Уставъ (ст. 584 п. 1 и 2). Понятно, что на вопросъ о неподсудности судъ наводятъ тѣ указанія, которыя сдѣланы истцомъ, и онъ отнюдь справокъ не собираетъ (ст. 367), но если онъ все-таки принялъ дѣло къ разсмотрѣнію, то обязанъ возбудить вопросъ по требованію противника, которое можетъ быть заявлено во всякомъ положеніи дѣла [1]). Но за-то судъ ни въ какомъ случаѣ не возбуждаетъ вопроса о субъективной подсудности; если отвѣтчикъ не возражаетъ противъ факта подсудности, и слѣдовательно согласенъ судиться въ судѣ, указанномъ истцемъ, то судъ не вмѣшивается. Это поистинѣ драгоцѣнное начало. Но если отвѣтчикъ не желаетъ судиться въ этомъ судѣ, ему предоставляется обезсилить фактъ, приводимый истцемъ (хотя и не позже первой отвѣтн. бумаги); онъ можетъ предъявить отводъ, когда дѣло подсудно другому суду (ст. 571). Спеціально упоминаетъ Уставъ о подсудности по связи съ другимъ дѣломъ (Litispendenz). Судъ, не собирающій справокъ, не можетъ знать о дѣлѣ производящемся въ другомъ судѣ; но еслибы онъ и узналъ объ этомъ—образецъ консеквентнаго проведенія состязательнаго начала,—то до возраженія отвѣтчика не можетъ уклониться отъ разбирательства дѣла. Особенность этого возраженія заключается въ томъ, что оно можетъ быть заявлено и во всякомъ положеніи дѣла, если отвѣтчику не было извѣстно о производствѣ дѣла въ другомъ судѣ (ст. 576, п. 1). Перехожу 2) къ *способности судьи* въ смыслѣ фактическаго предположенія притязанія истца на начатіе процесса. Кто же возбуждаетъ вопросъ о неспособности судьи? Прежде всего, онъ долженъ быть возбужденъ самимъ судомъ, а затѣмъ уже, если судъ этого не сдѣлалъ, то сторонамъ должно быть предоставлено право устранить неспособнаго судью. Судъ, неустраняя судьи, тѣмъ говоритъ, что судья способенъ, т.-е. признаетъ, что фактъ обосновывающій притязаніе на начатіе процесса (Ladungsanspruch) соотвѣтствуетъ этому фактическому предположенію. Но въ силу того, что способность судьи есть предположеніе, въ сохраненіи силы котораго заинтересовано государство, малѣйшее указаніе на неспособность судьи, хоть и исходящее отъ сторонъ, заставляетъ судъ возбудить этотъ вопросъ. Чѣмъ же государство тутъ заинтересованъ? Тѣмъ, что государственная, общественная задача суда: безпристрастное разрѣшеніе спора, не можетъ быть разрѣшена при наличности въ немъ такихъ качествъ, которыя даютъ основаніе заподозрить его пристрастіе; но вслѣдствіе того, что судья не всегда можетъ знать о присутствіи этихъ качествъ, сторона можетъ указать ему на это. Ограничивать это указаніе извѣстнымъ срокомъ, далѣе котораго оно не можетъ быть сдѣлано, не раціонально; если обнаружена наличность обстоятельствъ, дѣлающихъ судью неспособнымъ быть таковымъ и если, помимо указанія стороны, онъ самъ можетъ возбудить этотъ вопросъ, то нѣтъ основанія ограничивать это указаніе. По 2 ч. X т. судъ самъ могъ возбудить вопросъ о способности судьи. И дѣйствительно, отводились судьи судомъ ex officio только въ случаѣ родства или свойства до внучатныхъ и дружбы съ однимъ изъ тяжущихся (ст. 303), но зато сторонамъ было предоставлено безграничное право отвода. Въ этомъ справедливо видятъ недостатокъ Свода. Случаи отвода должны быть по возможности ограничены и точно опредѣлены въ законѣ, ибо разрѣшеніе ихъ затягиваетъ дѣло; но за-то Сводъ не ограничиваетъ предъявленіе отвода никакимъ срокомъ. По Уставу устраненіе неспособнаго судьи лежитъ на обязанности суда; неспособнымъ спеціально въ мировыхъ съѣздахъ считается судья, рѣшившій дѣло, а вообще, въ коллегіальномъ судѣ, судьи находя-

---

[1]) Побѣдоносцевъ, н. с. стр. 658. Рѣш. гражд. кас. д. №№ 1314, 1870 г., 1916, 1870 г.

щіеся въ родствѣ между собою, (ст. 1484 учр. с. у.) и судья родственникъ, усыновитель, опекунъ, завѣдывающій дѣлами, наслѣдникъ и соучастникъ въ тяжбѣ одного изъ тяжущихся (ст. 667). Во всѣхъ этихъ случаяхъ судья *долженъ самъ себя* устранить, но если онъ этого не сдѣлалъ, то сторона можетъ возбудить вопросъ о его способности. Казалось бы, что это какъ нельзя болѣе раціонально; напр. судья родственникъ тяжущагося изъ чувства недоброжелательства самъ себя не отводитъ; сторона узнаетъ о своемъ правѣ возбудить этотъ вопросъ... возбуждаетъ, но... ей можетъ быть отказано въ этомъ, такъ какъ она пропустила установленный срокъ; и выходитъ, что судьѣ, желающему вылить свою злобу на родственникѣ дается полный просторъ. Насколько гибельно это отзывается на интересахъ тяжущихся, можно себѣ приблизительно представить; на рѣшеніе постановленное при участіи своевременно неотведеннаго неспособнаго судьи не можетъ быть принесена кассаціонная жалоба. Справедливое дѣло можетъ быть проиграно навсегда, если, напр., членъ апелляціоннаго суда—родственникъ тяжущагося, пользующійся рѣшительнымъ вліяніемъ на своихъ сочленовъ, изъ ехидства увѣряетъ тяжущагося, что онъ будетъ за него и проситъ не отводить себя, а потомъ направляетъ свое вліяніе противъ тяжущагося. Хотя члены нашихъ судебныхъ мѣстъ — люди почтенные, но вѣдь нѣтъ семьи безъ „урода", а законъ всегда, прежде всего, долженъ имѣть, въ виду „урода" .Далѣе 3) *фактъ процессуальной дѣеспособности сторонъ*. Кто возбуждаетъ вопросъ объ этомъ? Сторона, осуществляющая свое притязаніе, тѣмъ самымъ указываетъ, что этотъ фактъ считается ею въ наличности. Обязанъ-ли судъ довѣрить ей, принадлежитъ-ли этотъ фактъ къ числу такихъ, къ которымъ судъ можетъ относиться безразлично, предоставляется-ли возбужденіе вопроса о немъ противной сторонѣ? Нѣтъ, какъ общее правило, должно быть выставлено, что судъ самъ возбуждаетъ этотъ вопросъ. Лица, необладающія процессуальною дѣеспособностью, необладаютъ ею или въ силу необладанія процессуальной правоспособностью, или въ силу необладанія извѣстными качествами, каковы: совершенный возрастъ, благоразумное отношеніе къ имуществу, здравый умъ и т. д. Въ первомъ случаѣ лица лишены дѣеспособности по соображеніямъ политическимъ, за преступленіе, во второмъ — въ виду необходимости особенно покровительственнаго отношенія государства къ извѣстнымъ лицамъ — невѣдающимъ что творятъ. Очевидно, судъ, какъ органъ государства, долженъ заботиться о томъ, чтобы эти наказаные или невѣдающіе не фигурировали на судѣ — согласіе ихъ процессуальнаго противника не можетъ вести къ невыполненію по отношенію къ этимъ лицамъ воли закона: судъ долженъ возбудить вопросъ о дѣеспособности сторонъ, въ виду именно существованія этихъ лицъ. Но, какъ и вообще относительно этихъ фактовъ, онъ можетъ возбудить вопросъ лишь имѣя то или другое основаніе. Истецъ какъ мы еще увидимъ ниже, не обязанъ передъ началомъ процесса доказывать свою процессуальную дѣеспособность, — это повело бы за собою рядъ неудобствъ при отправленіи суда; но если судъ находитъ въ дѣлѣ то или другое основаніе своему предположенію, то онъ возбуждаетъ этотъ вопросъ; ему можетъ быть на это указано самою противною стороною; все равно, кто ему на это указываетъ — различіе это лишь имѣетъ значеніе при доказываніи и будетъ разсмотрѣно ниже. И тутъ, повторяю, для возбужденія стороною, вопроса о не дѣеспособности, не должно быть положено никакого срока. — Все, что мы до сихъ поръ говорили, относится до общей недѣеспособности, но могутъ быть случаи дѣеспособности, обусловленной извѣстными процессуальными условіями. гарантирующими права частныхъ лицъ; напр., *дѣеспособность иностранца* по многимъ законодательствамъ обусловлена предъявленіемъ имъ, въ качествѣ истца, обезпеченія издержекъ. Признаніе имъ своей общей (туземной) дѣеспособности видно уже изъ факта осуществленія притязанія на

начатіе процесса безъ представленія обезпеченія. Суду въ этомъ случаѣ нѣтъ основанія возбуждать вопросъ о дѣеспособности. Обезпеченіе издержекъ есть гарантія правъ частнаго лица, отвѣтчика, которою онъ можетъ воспользоваться или нѣтъ, какъ ему угодно. Правило объ этомъ обезпеченіи установлено по праву *возмездія*. Благоразуміе требуетъ, чтобы требованіе или нетребованіе этого обезпеченія было предоставлено воли частнаго лица, а не обращено въ безусловное требованіе. Перехожу къ Своду. Прямого указанія на то, чтобы судъ заботился о наличности факта дѣеспособности стороны не имѣется. Приходится обратиться къ духу Свода. Мыслимое-ли дѣло, чтобы по 2 ч. X т. на судѣ могъ фигурировать недѣеспособный, доколѣ сторона его не отведетъ. Очевидно нѣтъ. Судъ находился подъ сильнымъ контролемъ администраціи, прокуроровъ, высшихъ судовъ; допущеніе судомъ къ процессу недѣеспособнаго есть нарушеніе закона, который судъ долженъ исполнять. Сводъ перечисляетъ недѣеспособныхъ лицъ и перечисляетъ для того, чтобы судъ не допускалъ этихъ лицъ къ процессу,— допущеніемъ ихъ онъ нарушаетъ законъ; въ предупрежденіе возможности нарушенія этого закона судъ и долженъ былъ возбудить вопросъ о дѣеспособности; ему помогали въ этомъ случаѣ спасительныя „справки". Поставленный въ необходимость возбудить этотъ вопросъ, онъ естественно пользовался правомъ наводить справки, хотя въ законѣ на это нѣтъ прямыхъ указаній. Понятно, что и противникъ недѣеспособнаго тяжущагося могъ возбудить этотъ вопросъ—судъ ему за это былъ весьма обязанъ.—По Уставу возбужденіе вопроса о недѣеспособности возложено на обязанность суда, но для состязательнаго начала это не угрожаетъ опасностью. Судъ для возбужденія этого вопроса долженъ имѣть точку опоры въ самомъ дѣлѣ. Едвали вѣрно полагать, что и собственное знаніе его о фактѣ недѣеспособности можетъ быть имъ употреблено съ пользою. Въ силу отсутствія у суда права собирать справки, онъ „розыскивать" не можетъ. Уставъ говоритъ, что эта недѣеспособность должна „обнаружиться" (ст. 584 п. 3), что довольно ясно указываетъ на источникъ: она должна быть очевидной изъ самаго дѣла. Но если этого не обнаружилось, то противникъ недѣеспособнаго можетъ возбудить этотъ вопросъ (ст. 571 п. 4) и притомъ во всякомъ положеніи дѣла (ст. 576 п. 2). Что касается недѣеспособности иностранцевъ, то вопросъ объ этомъ возбуждается исключительно стороною, т.-е. фактъ дѣеспособности, приводимый иностранцемъ при осуществленіи его притязанія на начатіе процесса признается судомъ до возраженія отвѣтчика, который, зная, что истецъ-иностранецъ, все таки можетъ не требовать обезпеченія (ст. 571 п. 5). Далѣе 4) *фактъ неспособности повѣреннаго*. Нужно тутъ различать способность абсолютную и относительную. Абсолютная способность повѣреннаго есть предоставленная ему возможность являться на судѣ представителемъ тяжущихся,— относительная есть предоставленная субъективно-способному повѣренному частнымъ лицомъ возможность быть его представителемъ. Вопросъ о наличности и той и другой способности долженъ быть возбужденъ судомъ по слѣдующимъ основаніямъ. Что касается абсолютной способности, то въ наличности ея заинтересовано государство; оно выставляетъ рядъ требованій, которымъ должны удовлетворять лица, чтобы быть повѣренными; лица, неудовлетворяющія имъ, не могутъ быть повѣренными, и ради того, чтобы такія лица не фигурировали на судѣ, судъ обязанъ возбудить вопросъ о ихъ способности. Если законъ говоритъ: монахъ не можетъ быть повѣреннымъ, то это для суда имѣетъ то значеніе, что, если онъ видитъ на судѣ повѣреннаго монаха, то долженъ его устранить; конечно судъ и тутъ не долженъ возбуждать въ каждомъ дѣлѣ вопроса, не монахъ-ли данное лицо, если не имѣетъ никакой точки опоры для такого предположенія. Касательно *относительной* способности нужно замѣтить, что она считается такимъ фактическимъ предположеніемъ, въ сохраненіи силы и значенія

котораго заинтересовано государство ради сохраненія, обезпеченія интересовъ частнаго лица. Если данное лицо выдаетъ себя за повѣреннаго другого, выигрываетъ процессъ, получаетъ за своего мнимаго довѣрителя удовлетвореніе, то онъ тѣмъ наноситъ вредъ лицу, якобы отъ имени котораго онъ дѣйствовалъ; судъ потому и обязанъ, какъ говорится, провѣрить полномочіе, т.-е. удостовѣриться самъ, не выжидая заявленія противника, имѣется-ли въ наличности полномочіе, дѣйствительно-ли тяжущійся желаетъ, чтобы данное лицо было его представителемъ? Понятно, что, независимо отъ самаго суда, противная сторона должна имѣть возможность указать суду какъ на абсолютную, такъ и на относительную неспособность и притомъ во всякомъ положеніи дѣла. Сводъ и въ этомъ вопросѣ не даетъ прямыхъ указаній. Онъ перечисляетъ десять разрядовъ лицъ, не могущихъ быть повѣренными (ст. 195). Конечно, этого перечисленія достаточно для того, чтобы судъ позаботился, дабы лица, подходящія подъ одинъ изъ этихъ разрядовъ, не были повѣренными и, въ силу права своего собирать справки, могъ ни съ того, ни съ другого возбудить этотъ вопросъ объ абсолютной способности повѣреннаго и наводить въ этомъ направленіи справки. Кромѣ того и „участвующіе въ дѣлѣ стороны“ могли отводить повѣренныхъ, конечно, такихъ, которые подходятъ подъ 195 ст. Это видно изъ содержанія 196 ст., въ которой говорится о лицахъ, перечисленныхъ въ ст. 195 и между прочимъ упоминается объ этихъ отводахъ. Что вопросъ объ относительной способности тоже возбуждался судомъ очевидно уже изъ того, что судъ при представительствѣ всегда обязанъ былъ требовать актъ, удостовѣряющій полномочіе, или форменную довѣренность (ст. 192, 267, п. 14, 270 и др.) или довѣрительную надпись (ст. 189). Если онъ усмотритъ, что повѣренный не уполномоченъ, то допущеніе таковаго къ судебнымъ дѣйствіямъ было-бы нарушеніемъ закона. Какъ Уставъ нашъ отнесся къ этому вопросу? Въ Уставѣ имѣется не одна статья, перечисляющая лицъ, не имѣющихъ права быть повѣренными (ст. 45, 246, 252). Можно-ли изъ этого вывести, какъ мы это сдѣлали относительно 2 ч. X т., что статьи эти имѣютъ то значеніе, что судъ самъ долженъ заботиться о сохраненіи ихъ силы, что онъ самъ долженъ возбуждать вопросъ о абсолютной способности? Мнѣ кажется, что нельзя; мало того, и противной сторонѣ нельзя этого сдѣлать. Что же это въ самомъ дѣлѣ такое? Неужели статьи эти лишены всякого значенія? Да, лишены всякаго значенія, стоя на почвѣ строгаго ихъ толкованія.

Статьи Устава, предоставляющія суду или сторонѣ право возбуждать вопросъ о томъ или другомъ процессуальномъ фактѣ, даютъ исчерпывающее перечисленіе, и одинъ изъ пунктовъ этихъ статей касается способности повѣреннаго, но, къ сожалѣнію, только способности относительной. Судъ независимо отъ отводовъ не принимаетъ къ своему разсмотрѣнію дѣло, когда повѣренный *не имѣетъ полномочія* (ст. 584); истецъ или отвѣтчикъ могутъ во всякомъ положеніи дѣла отводить повѣреннаго, *неимѣющаго полномочія* (ст. 572, 576). Что значитъ „неимѣніе полномочія“? Это значитъ отсутствіе опредѣленно выраженнаго лицомъ желанія, чтобы другое было его представителемъ на судѣ. Если судъ усомнится, по предъявленіи довѣренности, въ наличности воли лица довѣряющаго, онъ можетъ возбудить вопросъ. Такъ что вопросъ объ относительной способности возбуждается судомъ или противною стороною,— но только объ относительной, объ абсолютной ничего не говорится. Тутъ нельзя, говорю я, какъ мы это сдѣлали относительно Свода, умолчаніе закона толковать въ смыслѣ согласномъ съ требованіями теоріи, т.-е., что и вопросъ объ абсолютной способности повѣреннаго долженъ быть возбужденъ судомъ,— нельзя потому, что Уставъ перечислилъ случаи возбужденія судомъ процессуальныхъ вопросовъ. Неужели же и на практикѣ суду и сторонамъ приходится игнорировать статьи, въ которыхъ указаны лица, не могущія быть повѣренными?

Практика осталась вѣрна теоріи, но нарушили законъ; она словамъ „наличность полномочія“ придаетъ смыслъ: законности и наличности полномочія, т.-е. судъ считаетъ себя вправѣ на основаніи п. 4 ст. 584 возбудить вопросъ объ относительной способности вмѣстѣ съ возбужденіемъ вопроса объ абсолютной; равномѣрно и стороны въ силу ст. 572 и 576 п. 3 могутъ возбуждать эти вопросы. Устраненіе повѣреннаго, по мнѣнію сената, представившаго законное полномочіе, можетъ послѣдовать по усмотрѣнію суда, если въ самой довѣренности обнаружится, что повѣренный не имѣетъ права ходатайствовать на судѣ [1]). Понятно, что собирать по этому вопросу справки судъ не можетъ, —не можетъ справляться съ прочими дѣлами, въ томъ же судѣ производящимися, не можетъ возбудить вопроса по произвольному предположенію, но можетъ лишь въ такомъ случаѣ, когда по несомнѣннымъ и положительнымъ даннымъ обнаружится неспособность повѣреннаго [2]). Не мало недоразумѣній внесъ въ нашу практику законъ 25 мая 1874 года о частныхъ повѣренныхъ. Какъ извѣстно, въ силу его число лицъ, имѣющихъ право хожденія по чужимъ гражданскимъ дѣламъ ограничено присяжными и частными повѣренными, да незначительнымъ кругомъ лицъ, упомянутыхъ въ ст. 389 Уч. с. уст. Къ числу этихъ лицъ принадлежатъ и управляющіе имѣніями и дѣлами. На практикѣ оказалось, что всѣ прежніе мелкіе адвокаты, которыхъ законъ этотъ силился истребить, обратились въ управляющихъ имѣніями и дѣлали своихъ кліентовъ, не обладающихъ никакими имѣніями, не имѣющихъ никакихъ дѣлъ кромѣ даннаго процесса. Эти адвокаты спокойно обходили законъ и не думали, да и не могли вступить въ число частныхъ повѣренныхъ. Судьи наши, придавшіе до изданія этого закона столь широкое значеніе „наличности полномочія“, затруднялись вопросомъ: входить ли въ провѣрку наличности полномочія и возбужденіе вопроса о томъ, состоятъ ли данныя лица управляющими дѣлами и имѣніями своихъ кліентовъ. Одни судьи требовали, чтобы въ довѣренностяхъ было означено имѣніе и родъ дѣлъ управляемыхъ повѣреннымъ, другіе—чтобы нотаріусы при засвидѣтельствованіи довѣренности имѣли въ виду удостовѣреніе о томъ полиціи, третьи, наконецъ, придерживались широкаго толкованія ст. 584 п. 4. Наконецъ, ордеромъ отъ 31 января 1878 г. министръ юстиціи черезъ оберъ-прокурора внесъ этотъ вопросъ на разсмотрѣніе кас. деп. сената. Послѣдній постановилъ: „въ случаѣ *сомнѣнія,* встрѣченнаго самимъ судомъ (или заявленнаго противною стороною), судъ вправѣ, смотря по обстоятельствамъ, признать повѣреннаго *не* управляющимъ въ дѣйствительности имѣніями и дѣлами довѣрителя“. Аргументація сената весьма шатка и ограничивается разными соображеніями на счетъ цѣлей правосудія, исполненія закона и т. п. И дѣйствительно, аргументовъ положительныхъ, основанныхъ на прямомъ указаніи закона, нельзя было найти: законъ только и предоставляетъ суду возбудить вопросъ о наличности полномочія, т.-е. объ относительной способности. Судьѣ лишь важно, чтобы тяжущійся-довѣритель выразилъ желаніе, чтобы данное лицо было его повѣреннымъ. Съ этой точки зрѣнія, какъ направленіе практики, такъ и заключеніе сената—при всей теоретической вѣрности,—не согласны съ законами (а слѣдовательно необязательно для судовъ, которые должны давать предпочтеніе закону передъ толкованіями его). Но въ этомъ заключеніи сенатъ высказалъ мысль, идущую рѣшительно въ разрѣзъ съ однимъ изъ драгоцѣннѣйшихъ постановленій Устава—чѣмъ и созданъ, очевидно, вредный прецедентъ. Совершенно вѣрно думаетъ сенатъ, что вопросъ о состояніи повѣреннаго управляющимъ довѣрителя долженъ быть возбужденъ при „сомнѣніи“

---

[1]) Р. г. к. д. № 1446 1870 г.

[2]) Побѣдоносцевъ, н. с. ст. 361, 360, 356.

суда. На этомъ бы и слѣдовало остановиться; а между тѣмъ онъ признаетъ, что „удостовѣреніе въ правоспособности должно основываться на тѣхъ свѣдѣніяхъ, которыя имѣются въ виду самаго суда (т.-е. не указаны стороною), *причемъ порядокъ собиранія сихъ свѣдѣній зависитъ отъ усмотрѣнія судебнаго мѣста*". Говоря иначе, судъ можетъ собирать справки, заводить переписки и т. д., словомъ, можетъ вернуться къ старымъ порядкамъ. Значитъ, статья 367 уже не признается?!...

Перехожу къ другому, избранному мною для примѣра, процессуальному притязанію. 2) *Притязаніе на привлеченіе свидѣтеля.* Оставляя въ сторонѣ второстепенныя фактическія предположенія этого притязанія, какъ-то надлежащее время его предъявленія, форма и т. д., остановлюсь на двухъ главнѣйшихъ фактахъ: 1) на допустимости свидѣтельсквхъ показаній въ данномъ дѣлѣ, и 2) на способности привлеченныхъ лицъ быть свидѣтелями. Что касается перваго, то онъ принадлежитъ къ числу тѣхъ предположеній, въ сохраненіи соотвѣтствія которыхъ съ фактическимъ строемъ даннаго притязанія заинтересовано государство; судъ можетъ усомниться въ томъ, что свидѣтельскія показанія допускаются въ данномъ случаѣ, хотя бы противная сторона и не возражала. Между свидѣтельскими показаніями и письменными актами можетъ возникнуть конкуренція, въ которой перевѣсъ долженъ быть на сторонѣ послѣднихъ. Если извѣстное юридическое дѣйствіе должно быть облечено въ письменную форму, то это исключаетъ возможность доказыванія его свидѣтельскими показаніями, потому что требованіе письменности основано на прочности ея, и если прочность эта признана необходимою для даннаго дѣйствія, то доказываніе его свидѣтельскими показаніями, какъ средствомъ менѣе прочнымъ, невозможно. Можно спорить противъ того, что то или другое дѣйствіе должно быть облечено въ письменную форму, но если разъ это требуется, то о допустимости свидѣтельскихъ показаній нельзя говорить. Далѣе, если извѣстное юридическое дѣйствіе уже облечено въ дѣйствительную письменную форму, то ему не можетъ быть противупоставлено свидѣтельское показаніе, оно не можетъ быть опровергнуто свидѣтельскими показаніями, опять въ силу той же причины. Въ виду этого самый вопросъ о допустимости свидѣтельскихъ показаній является вопросомъ, возбуждаемымъ самимъ судомъ; если сторона, требуя вызова свидѣтеля, ссылается на то, что это допустимо, а противникъ хотя и не возбуждаетъ вопроса о допустимости, то судъ самъ рѣшаетъ допустить или не допустить свидѣтеля. Во 2 ч. X т. этотъ вопросъ не разрѣшенъ въ общей формѣ; въ одномъ лишь случаѣ Сводъ прямо исключаетъ свидѣтельскія показанія, а именно: въ дѣлахъ о крѣпостномъ правѣ на недвижимое имущество судъ не долженъ основывать рѣшеній на показаніяхъ свидѣтелей (ст. 684). Но надо полагать, что тогдашняя практика, основываясь на существѣ письменныхъ актовъ и дѣйствій, облеченныхъ въ письменную форму, возводила частное правило въ общее. Въ Уставѣ же имѣются указанія на то, что, во 1-хъ, событія, которыя должны быть облечены въ письменную форму, не могутъ быть доказываемы свидѣтельскими показаніями; иначе говоря, судъ въ этомъ случаѣ не можетъ допустить допроса свидѣтелей (ст. 409) и, во 2-хъ, содержаніе письменнаго акта не можетъ быть опровергаемо свидѣтелями; иначе говоря: судъ ради этого не допускаетъ допроса свидѣтелей (ст. 410). Понятно, во 1-хъ, если судъ допустилъ въ этихъ случаяхъ допросъ свидѣтелей, то противная сторона можетъ ему указать на это нарушеніе во всякомъ положеніи дѣла и, во 2-хъ, свѣдѣнія о томъ, что въ данномъ дѣлѣ свидѣтельскія показанія не допускаются, судъ черпаетъ изъ самаго дѣла.—Что касается второго фактическаго предположенія т.-е. способности указаннаго лица быть свидѣтелемъ, то тутъ нужно различить неспособность абсолютную и относительную. Абсолютно неспособные, негодные свидѣтели (inhabiles) суть лица, психически неспособные воспринять и понять тотъ фактъ, который нужно удостовѣ-

рить въ данномъ процессѣ, лица физически неспособныя передать свои мысли, лица столь близкія къ тяжущимся, что принудительное привлеченіе ихъ въ качествѣ свидѣтелей было бы противно нравственнымъ началамъ и наконецъ лица, лишенныя довѣрія въ силу обезчещивающаго приговора; относительно же неспособные, подозрительные (suspecti) свидѣтели суть лица, хотя и близкія къ тяжущимся, но не настолько, что привлеченіе ихъ нарушаетъ нравственное чувство, и лица, заинтересованныя въ исходѣ процесса [1]). Уже изъ этого опредѣленія видно, что судъ возбуждаетъ вопросъ только объ абсолютной неспособности свидѣтеля. И дѣйствительно, что касается психически и физически недугующихъ, то допущеніе ихъ судомъ къ свидѣтельству было бы явнымъ глумленіемъ надъ ихъ немощностью, что-же касается лицъ близкихъ къ тяжущимся, каковы супруги и дѣти ихъ, то судъ долженъ ихъ устранять изъ чисто идеальныхъ соображеній (а не изъ сомнѣнія въ достовѣрности ихъ показаній — сомнѣніе въ достовѣрности дѣло противника, который могъ бы ихъ отводить), а именно изъ за поддержанія въ народѣ мирныхъ отношеній въ родственномъ и брачномъ союзахъ, росподающихся въ силу враждебности его членовъ; фигурированія на судѣ свидѣтеля—сына или дочери, мужа или жены можетъ подать поводъ къ семейной враждѣ: свидѣтель, по идеи, долженъ показывать истину, а истина можетъ вызвать гнѣвъ того, противъ котораго онъ говоритъ, гнѣвъ въ этомъ случаѣ имѣющій дурныя послѣдствія. Что касается свидѣтелей, обезчещенныхъ приговоромъ, то судъ ихъ долженъ устранить, какъ лицъ, лишенныхъ довѣрія, въ видѣ наказанія, или вѣрнѣе, въ видѣ послѣдствія наказанія. Такъ что судъ самъ возбуждаетъ этотъ вопросъ, хотя бы одна сторона сослалась на такого свидѣтеля, а другая не указывала на его неспособность. Указаніе, конечно, можетъ быть сдѣлано стороною во всякомъ положеніи дѣла. Судъ въ этомъ случаѣ долженъ въ своемъ предположеніи исходить изъ данныхъ, имѣющихся въ дѣлѣ, и данныхъ, указывающихъ именно на абсолютную, а не относительную неспособность. Вопросъ же объ относительной неспособности свидѣтеля возбуждается только противною стороною; судъ признаетъ способность свидѣтеля доколѣ сторона противная не сдѣлаетъ возраженія о неспособности; относительно неспособные свидѣтели обладаютъ такими качествами, которыя дѣлаютъ ихъ неспособными лишь по личному усмотрѣнію стороны... Своду, кажется, неизвѣстно различіе между абсолютною и относительною неспособностью свидѣтелей. Онъ перечисляетъ множество лицъ, которыхъ судъ долженъ былъ устранить отъ свидѣтельства; въ перечисленіи этомъ онъ съ одной стороны перешелъ мѣру необходимости, отнеся къ числу этихъ лицъ родственниковъ, свойственныхъ, недруговъ тяжущихся, иностранцевъ, лицъ не бывшихъ у причастія и др., съ другой—не дошелъ до этихъ предѣловъ, не отнеся къ этимъ лицамъ супруговъ тяжущихся (ст. 362 и сл.). Относительно—неспособные не перечислены во 2 ч. X т. а просто говорится, что тяжущіеся могутъ противъ свидѣтеля предъявить отводъ (ст. 375), объявить подозрѣніе (ст. 374). Въ виду того, что перечисленіе абсолютно-неспособныхъ свидѣтелей столь полно, можно заключить, что различіе между абсолютно- и относительно-неспособными свидѣтелями на практикѣ вѣрно и не было. Судъ возбуждалъ вопросъ о неспособности, и если не возбуждалъ, то это дѣлала сторона, возбуждался-же онъ стороною лишь тогда, когда судъ самъ его не возбуждалъ. Если такъ, то крайне неосновательно ограничивать возбужденіе этого вопроса стороною особымъ срокомъ (ст. 378) — пропущенъ срокъ и неправоспособный свидѣтель

---

[1]) Опредѣленіе Малышевымъ (Курсъ 1 т. стр. 311, 312) test. inhabiles какъ лицъ, просто заинтересованныхъ въ процессѣ, и test. suspecti, какъ лицъ менѣе заинтересованныхъ,—не выдерживаетъ критики.

подвергается допросу. Можно смѣло предположить, что на практикѣ различія между абсолютною и относительною неспособностью не было, такъ какъ, повторяю, большая часть поводовъ къ отводамъ перечислены какъ поводы устраненія судомъ ex officio, иначе говоря, признавались только абсолютно-неспособные свидѣтели. Уставъ разрѣшаетъ этотъ вопросъ блистательно (ст. 371, 373, 375) вполнѣ согласно съ изложенными выше соображеніями, а потому не зачѣмъ повторять сказанное [1]); замѣтимъ лишь, что абсолютная неспособность отдѣлена отъ относительной рѣзкими чертами (ст. 371—313); вопросъ о первой возбуждается судомъ, а о второй—стороною, что однако не мѣшаетъ сторонѣ указать суду на фактъ абсолютной неспособности; указаніе это, конечно, не ограничивается никакимъ срокомъ, такъ какъ срокъ, о которомъ говорится въ ст. 373, относится лишь до возбужденія вопроса объ относительной неспособности.

б) *Юридическое обоснованіе процессуальныхъ притязаній.* Объ этомъ обоснованіи мы говорить не будемъ, такъ какъ вопросъ о примѣненіи процессуальныхъ юридическихъ нормъ есть дѣло суда, и при разрѣшеніи процессуальныхъ притязаній судъ строитъ упомянутый силлогизмъ, причемъ большая посылка дается ему закономъ; ни онъ самъ, ни тяжущіеся не могутъ настаивать на примѣненіи другой нормы, кромѣ подходящей къ данному случаю.

## Г. Доказываніе фактовъ и нормъ, обосновывающихъ притязанія сторонъ.

### 1. *Доказываніе фактовъ, обосновывающихъ притязанія сторонъ.*

а) *Доказываніе фактовъ, обосновывающихъ матеріально правовыя притязанія сторонъ.* Выше мы не разъ касались вопроса о доказыванія притязаній самими сторонами: мы сначала старались показать, что эта необходимость вытекаетъ изъ существа гражданскихъ правъ, а затѣмъ говорили о пассивной роли суда при доказываіи, какъ о случаѣ проявленія начала ne procedat judex ex officio, указавъ на исключенія изъ этого положенія, исключенія, касающіяся доказыванія.—Снова возвращаться къ теоретическимъ вопросамъ мы не станемъ и обратимся ко 2 ч. X т. и Уставу, причемъ разсмотримъ вопросъ, есть ли, по этимъ кодексамъ, доказываніе исключительно обязанность сторонъ. Но предварительно замѣтимъ, что доказываніе есть приведеніе средствъ, при помощи коихъ судъ составляетъ себѣ убѣжденіе о существованіи или несуществованіи извѣстнаго факта. Тутъ, слѣдовательно, мы видимъ съ одной стороны дѣятельность тяжущихся: они приводятъ доказательства, съ другой — дѣятельность суда: онъ взвѣшиваетъ ихъ, сообразуясь съ закономъ и съ собственными воззрѣніями; но независимо отъ того, какъ мы видѣли, говоря о формальной дѣятельности суда, судъ оказываетъ сторонамъ свое содѣйствіе, которое, однако, не должно обратиться въ активную дѣятельность, въ собираніи доказательствъ, въ доказываніе. Обращаясь къ Своду, положительно можно сказать, что въ принципѣ онъ вѣренъ состязательному началу. Едва ли нужно доказывать, что сторона должна была ссылаться на доказательства; уже одно то, что исковое прошеніе, а вѣроятно и отвѣтъ на него, если въ нихъ стороны не ссылались на доказательства, не принимались судомъ (ст. 267 т. 4, 294, 762). Стороны должны были приводить доказательства. Общее правило это проведено въ частныхъ случаяхъ, а именно: стороны могли сы-

[1]) Къ числу свидѣтелей абсолютно-неспособныхъ относятся еще духовныя лица въ отношеніи того, что имъ повѣрено на исповѣди (371 п. 5).

латься на свидѣтелей (ст. 458), представлять всякаго рода письменные акты (ст. 323), могли признавать тотъ или другой фактъ и это признаніе имѣло рѣшительное значеніе (ст. 293, 315 и др.) и т. д.

„Обязанность истца есть доказать свой искъ, равно отвѣтчикъ долженъ основательнымъ доказательствомъ себя оправдать", говоритъ Сводъ (ст. 312, 313). Говоря словами Камбека, „судъ получалъ увѣренность въ истинности факта только доказательствами, веденными сторонами" [1]). Но была ли такова исключительная обязанность сторонъ, не могъ ли и судъ приводить доказательства въ пользу и противъ того или другого изъ тяжущихся? Да, Сводъ допускалъ не мало исключеній; такъ, осмотръ на мѣстѣ назначался исключительно судомъ: судъ долженъ былъ постановить о томъ особое опредѣленіе, если это „при разсмотрѣніи дѣла будетъ признано нужнымъ" (ст. 356); также и эксперты привлекались только по инціативѣ суда; „суду надлежитъ истребовать ихъ показанія", если онъ затруднится разрѣшеніемъ спеціальнаго вопроса (ст. 357). Хотя и всѣ современныя законодательства признаютъ права суда назначать осмотръ и экспертизу, но этимъ не исключается также право сторонъ, по Своду же стороны рѣшительно лишены были права предъявленія этихъ доказательствъ. Съ этой точки зрѣнія совершенно послѣдовательно устранить сторонъ отъ вліянія на выборъ экспертовъ; стороны, коль скоро судъ опредѣлилъ и привлекъ экспертовъ, не выбираютъ ихъ сами—это дѣло суда; также онѣ не могутъ и отводить выбранныхъ судомъ экспертовъ. Это вытекаетъ уже изъ того, что осмотръ и экспертиза разсматриваются 2 ч. X т., какъ средства дѣятельности суда, а не сторонъ. Въ двухъ лишь случаяхъ допущено исключеніе, а именно, во 1-хъ, при сличеніи почерковъ; тутъ стороны могутъ косвенно влiять на выборъ экспертовъ, т.-е. отводить ихъ; сличеніе почерковъ, говоритъ законъ, производится свѣдущими людьми „не отведенными ни которымъ изъ тяжущихся" (ст. 349). Придать этому постановленію широкій смыслъ, распространить его на всѣ случаи экспертизы—нельзя, ибо 1) это постановленіе спеціальное, по существу исключительное, 2) если-бы редакторы считали возможнымъ допустить вообще отводъ экспертовъ, то они указали бы на это, какъ и сдѣлали они относительно свидѣтелей, и 3) ст. 349, статья новая; до внесенія ея въ Сводъ не могло быть и рѣчи о выборѣ экспертовъ сторонами, а внесеніе ея, въ той спеціальной формѣ, въ которую она облечена, не можетъ измѣнить прежняго общаго правила. Во 2-хъ, при оцѣнкѣ имущества, судъ не выбиралъ экспертовъ, если они заранѣе означены въ договорѣ, заключенномъ сторонами; и этотъ случай исключительный, допущенный въ силу признаннаго Сводомъ принципа исполнительной силы договора, не противурѣчащаго закону. Этотъ принципъ подтвержденъ лишь ст. 1965, такъ какъ, чего добраго, не будь этого закона, судья призналъ бы условіе о выборѣ экспертовъ не согласнымъ съ закономъ и потому не могущимъ быть выполненнымъ. Но 1965 ст. имѣетъ весьма важное значеніе; она должна быть толкуемо пространно въ томъ смыслѣ, что если въ договорѣ означены эксперты не только для оцѣнки при взысканіи, но и вообще, ради чего бы то ни было, то это имѣетъ обязательное для суда значеніе, а именно: 1) самое привлеченіе экспертовъ уже въ силу договора опредѣляется сторонами, и 2) выборъ ихъ предоставляется имъ, т.-е. ихъ выборъ признается, утверждается судомъ. Статья эта, допуская выборъ экспертовъ въ договорѣ, при оцѣнкѣ, говоритъ въ поясненіе „какъ сіе бываетъ установлено на случай ущербовъ, поврежденій и утратъ". Слѣдовательно, въ этихъ послѣднихъ случаяхъ какъ-будто стороны выбираютъ и привлекаютъ экспертовъ; но, очевидно, указаніе на эти случаи не имѣетъ никакого значенія—въ дѣлахъ этихъ законъ не допускалъ

[1]) Камбекъ, н. с. стр. 58.

экспертизы (ст. 769). Далѣе, и повальный обыскъ назначался по усмотрѣнію суда: если потребно удостовѣриться и т. д., говоритъ 2 ч. X т.,—это общее выраженіе именно указываетъ на то, что судъ дѣйствовалъ ex officio. Но могли ли стороны ссылаться на окольныхъ людей? Да, могли; это видно изъ начала ст. 409: „если учинена ссылка на повальный обыскъ" и т. д. и, какъ видно, для суда эта ссылка, при неимѣніи другихъ доказательствъ, имѣла обязательное значеніе; онъ, какъ говорится далѣе въ статьѣ, „долженъ рѣшить дѣло учиненіемъ обыска". Что касается вопроса, кто выбиралъ окольныхъ людей, то тутъ нужно различать оба вышеупомянутыхъ случая; если обыскъ чинится по усмотрѣнію суда, то „поимянная ссылка", т.-е. указаніе на то или другое лицо, въ силу 409 ст., была запрещена, если-же обыскъ требовался тяжущимися, то,—а contrario сказанному въ ст. 409 — могла быть допущена поимянная ссылка. Въ правѣ сторонъ ссылаться на окольныхъ людей еще убѣждаютъ слѣдующія слова редакторовъ Устава, этихъ знатоковъ нашего прежняго судопроизводства: „дознаніе черезъ окольныхъ людей съ *поимянною ссылкою* или чаще безъ поимянной ссылки составляло у насъ весьма употребительное доказательство; отвода же окольныхъ людей ни въ томъ, ни въ другомъ случаѣ не допускалось (ст. 412).—Къ числу важныхъ отступленій отъ состязательнаго начала является наложеніе судомъ присяги на отвѣтчика, подъ угрозою обвиненія въ искѣ (ст. 422, 420). Это одно изъ самыхъ ужасныхъ посягательствъ на личность тяжущагося, посягательство на личную его автономію.—Не слѣдуетъ думать, что на этомъ можно и остановиться, и болѣе не разсматривать вопроса о доказательствахъ по 2 ч. X т. Сводъ, повторяю, не такой законодательный актъ, чтобы въ немъ было все совершенно ясно. Весь вопросъ о доказательствахъ до чрезвычайности запутанъ такъ-называемыми справками. Прежде чѣмъ обратиться къ анализу этого процессуальнаго института, замѣтимъ, что справки могутъ быть двухъ родовъ; однѣ касались фактовъ, обосновыоающихъ матеріально-правовыя притязанія, или какъ говорится въ ст. 442, касались существа дѣла, другія касались фактовъ, обосновывающихъ процессуальныя притязанія сторонъ, притомъ такихъ, вопросъ о существованіи коихъ долженъ быть возбужденъ самимъ судомъ; о послѣднихъ мы скажемъ ниже, а теперь обратимся къ первымъ. Справки суть добываемыя судомъ или сторонами выписки и копіи съ документовъ, находящихся внѣ суда [1]). Что это именно „выписки и копіи" видно изъ ст. 116, въ которой говорится, что если *справка* требуется отъ присутственнаго мѣста, то послѣднее выдаетъ „надлежащія изъ документовъ *выписки* и скрѣпленныя *копіи*". Что онѣ могутъ быть истребованы и сторонами, видно изъ ряда статей, въ которыхъ говорится, что стороны, доставляютъ справки, и для этого имъ дается срокъ (ст. 325, 1109, 1160 п. 1), а третейскій судъ еще выдаетъ имъ свидѣтельство для истребованія справокъ изъ присутственныхъ мѣстъ (ст. 1160 п. 2). Еще болѣе обильна 2 ч. X т. указаніями на то, что судъ собираетъ эти справки (ст. 346, 422, 441, 442, 443, 542, 543, 709, 768, 913). Вотъ эти-то послѣднія насъ всего болѣе интересуютъ. Справки, согласно данному нами опредѣленію, суть тоже письменныя доказательства, ergo: представленіе ихъ судомъ было бы нарушеніемъ состазательнаго начала. Но законъ не хочетъ примириться съ тѣмъ мнѣніемъ, что справки суть доказательства. Онъ часто упоминаетъ объ этомъ различіи; такъ, справки собираются на основаніи доказательствъ" (ст. 768), по дѣламъ казны судъ собираетъ доказательства и справки (ст. 703, 709), аппеляціонный судъ можетъ приводить новыя справки, но не можетъ приводить новыхъ доказа-

---

[1]) Проф. Камбекъ такъ опредѣляетъ справки: „содержаніе тѣхъ свѣдѣній, актовъ, доказательствъ и т. п. по дѣлу, о коемъ, составлена записка, собранныхъ въ томъ же мѣстѣ (?) или истребованныхъ отъ другаго къ дополненію или объясненію дѣла. Н. с. стр. 97.

тельствъ (ст. 543, 544) справки собираются противъ доказательствъ (ст. 422) и т. д. Отчасти Сводъ и правъ. Справки по существу хотя и суть доказательства, но роль ихъ столь подчиненная, второстепенная, что придавать имъ строгій смыслъ и значеніе доказательствъ нельзя. Справки могутъ быть чинимы: а) для констатированія подлинности документа, б) для поясненія и дополненія документа и в)—случай весьма близкій къ послѣднему—для подтвержденія ссылки на документъ, или не могущій быть доставленнымъ въ судъ, или находящійся въ несудебномъ мѣстѣ.—Что касается перваго случая, то выше я старался доказать, что по 2 ч. X т. вопросъ о подлинности документа всегда возбуждался тяжущимися; такъ, самъ тяжущійся, заявившій споръ о подлогѣ, предлагалъ суду удостовѣриться въ подлогѣ, а тяжущійся предъявившій документъ—въ подлинности, двумя путями: путемъ сличенія почерковъ и путемъ справокъ съ актами, находящимися въ другомъ мѣстѣ; почеркъ заподозрѣннаго документа сличался съ почеркомъ другого, несомнѣннаго; полученіе выписки или копіи и могло удостовѣрить въ подлинности. Развѣ можно назвать эту выписку или копію судебнымъ доказательствомъ? Это дупликатъ письменнаго акта, предъявленнаго въ видѣ доказательства, но не въ подлинникѣ. Если считать его дупликатомъ, то это доставленіе его судомъ изъ другого присутственнаго мѣста не будетъ противно состязательному началу, ибо 1) сторона возбуждаетъ вопросъ о подлинности предъявленнаго документа и 2) самый письменный актъ, подтвержденный выпискою или копіею, долженъ быть представленъ стороною. Далѣе, что касается второго случая, то Сводъ нерѣдко говоритъ, что справки собираются судомъ „въ поясненіе, дополненіе“ представленнаго документа (ст. 442, 542, 913, 1160), на основаніи представленныхъ письменныхъ доказательствъ (ст. 768), противъ доказательствъ (ст. 422) и др. Все это вмѣстѣ взятое имѣетъ тотъ смыслъ, что судъ требуетъ выписки и копіи, когда неясный смыслъ акта можетъ быть разъясненъ другимъ актомъ, на которой имѣются болѣе или менѣе прямыя указанія въ самомъ текстѣ документа. Понятно, что значеніе этого акта по меньшей мѣрѣ второстепенное; еслибы онъ имѣлъ важное значеніе, то та или другая сторона сама сослалась бы на него съ указаніемъ, гдѣ его можно добыть (ст. 673), а это равносильно предъявленію его. Но ст. 330 требуетъ, чтобы сторона предъявила документъ, о которомъ имѣется указаніе въ другомъ предъявленномъ. Это касается того случая, когда документъ, на который указано въ другомъ, является главнымъ, а тотъ, въ которомъ о немъ говорится, и который представленъ,—второстепеннымъ. Если бы было наоборотъ, то законъ едва ли обязалъ бы предъявить оба документа—вѣрнѣе предположить, что въ случаѣ ссылки на второстепенный документъ судъ самъ путемъ справокъ знакомился съ нимъ; главный же документъ, о которомъ упоминается въ дополнительномъ, всегда долженъ былъ быть представленъ стороною (ст. 330). Добытый судомъ второстепенный актъ есть лишь придатокъ къ главному, который предъявляется сторонами. Конечно, и его можно считать письменнымъ доказательствомъ, и слѣдов. предъявленіе его судомъ является нарушеніемъ состязательнаго начала, нарушеніемъ, приводящимъ къ неравенству сторонъ въ томъ смыслѣ, что судъ оказываетъ не одинаковое содѣйствіе сторонамъ, активно дѣйствуя въ пользу той, а не другой, и обыкновенно въ пользу той стороны, которая предъявила документъ Но 1) нарушеніе это въ силу второстепеннаго значенія справки по документу всетаки представленному стороною, весьма микроскопично; при болѣе важномъ значеніи документа, повторяю, сторона сослалась бы на него сама, и 2) порождаемое содѣйствіемъ суда неравенство порождается не столько самымъ содѣйствіемъ, сколько содержаніемъ документа, т.-е. тѣмъ обстоятельствомъ, что въ немъ имѣется указаніе на другой актъ („справки *на основаніе*“ документа). Наконецъ, что касается третьяго случая, то, прежде всего, существованіе его основано на слѣдующемъ соображеніи. Ст. 325 говоритъ, что при ссылкѣ та-

жущихся на письменное доказательство, находящееся въ другомъ судѣ, судъ обязанъ истребовать это доказательство. Статья эта имѣетъ въ виду подлинные документы, на что указываетъ выраженіе „истребовать“: истребованіе копіи или выписки называется во 2 ч. X т. учиненіемъ справки. Мнѣ и кажется, если сторона ссылается на такой, имѣющійся въ другомъ судѣ актъ, который въ подлинникѣ не можетъ быть истребованъ, то судъ наводитъ о немъ справку, т.-е. добываетъ выписку или копію. Съ этой точки зрѣнія становится яснымъ упомянутое выше неудачное выраженіе: судъ собираетъ справки о подлинности показаній сторонъ. Это, собственно, значитъ, что справки собираются о показаніяхъ сторонъ и о письменныхъ актахъ, не могущихъ быть истребованными въ подлинникѣ. Сводъ тутъ, какъ я сказалъ, обобщилъ одинъ изъ рѣдко встрѣчающихся случаевъ. Понятно, что въ этомъ третьемъ случаѣ состязательное начало не страдаетъ. Если съ точки зрѣнія состязательнаго начала „справки“ —явленіе терпимое, то, съ другой стороны, присутствіе ихъ въ кодексѣ можетъ породить, при извѣстныхъ условіяхъ, неисчислимыя злоупотребленія. Главнѣйшее условіе безвредности ихъ—о пользѣ ихъ довольно трудно говорить—заключается въ высокомъ умственномъ и нравственномъ уровнѣ судей. Исторія въ этомъ отношеніи даетъ весьма характерныя указанія. О высокомъ умственномъ и нравственномъ развитіи старыхъ германскихъ юристовъ и посейчасъ вспоминаютъ на ихъ родинѣ; это отчасти объясняется тѣмъ обстоятельствомъ, что всѣ прежніе профессора, за весьма малыми исключеніями, или занимали судейскія должности, или посвящали себя адвокатурѣ, а судьи были докторами правъ и авторами нѣсколькихъ монографій, а то и курсовъ. Эти юристы съумѣли придать Прусскому Уложенію 1793 г., введенному въ Саксоніи, привыкшей къ до того практиковавшемуся въ ней крайне состязательному процессу, столь мягкую форму, что саксонцы обрадовались такому нововведенію [1]), а между тѣмъ Уложеніе это не только предоставляетъ суду наводить справки, но и вообще даетъ ему право пользоваться и другими средствами, держась въ предѣлахъ заявленій сторонъ (§ 17).—Еслибы высоко развитые юристы стали примѣнять нашъ Сводъ, они бы поняли истинный смыслъ справокъ; не толковали бы вкривь и вкось законъ въ отягощеніе положенія тяжущихся, не вторгались бы въ частную сферу, не злоупотребляли бы закономъ большею частью не безъ корыстныхъ цѣлей. Наши старые судьи обратили „справки“ въ орудіе судейской наживы. Они были далеки отъ того, чтобы вникнуть въ смыслъ этого оригинальнаго института, далеки отъ мягкаго, въ интересахъ общества, толкованія закона, крайне неудовлетворительно редактированнаго. Этими редакціонными недостатками они воспользовались. Безъ образованія, безъ знаній, этихъ людей выручалъ природный умъ русскаго человѣка, направленный въ данномъ случаѣ, къ сожалѣнію, въ дурную сторону. Справки обратились въ средство дѣятельности суда въ ущербъ тому тяжущемуся, который не съумѣлъ угодить судьѣ. Хотя законъ и запрещалъ дѣлать безцѣльныя справки, но это запрещеніе не исполнялось; хотя законъ и говорилъ, что справки собираются на основаніи представленныхъ доказательствъ, но судьи, по словамъ гр. Блудова, собирали доказательства, неприведенныя тяжущимися [2]). Усилить доказательства одной стороны, ослабить доказательства другой, затянуть дѣло на многіе года въ интересахъ одной стороны, въ ущербъ другой—вотъ чему служили справки тогдашнимъ судьямъ. Какъ усилить доказательства одной стороны и обезсилить доказательства другой? Стоитъ изо всѣхъ силъ подыскивать доказательства въ пользу стороны облюбленной, доказательства, о которыхъ ей и не вдомекъ было упомянуть,

---

[1]) Puchta, н. с. стр. 20.

[2]) Проектъ 1857 г. стр. 265.

и, съ другой стороны, дѣйствовать вяло въ интересѣ противника, не собирать справокъ, даже если имѣются законные поводы къ тому. Не забывайте, что это собираніе справокъ было дѣломъ канцеляріи [1]), а не коллегіи судей; впрочемъ, еслибы это могло быть дѣломъ коллегіи, то начало „рука руку моетъ" взяло бы верхъ надъ всякими другими началами. Далѣе, какъ затянуть дѣло въ ущербъ недолюбленнаго судьею тяжущагося? Очень просто: это видно изъ слѣдующихъ словъ гр. Блудова. „Судебныя мѣста иногда въ угоду тяжущемуся, находящему выгоду въ отклоненіи рѣшенія дѣла... требуютъ справокъ, вовсе къ дѣлу неотносящихся, и неодновременно, а порознь, или рѣшаютъ дѣло безъ собранія надлежащихъ справокъ, вслѣдствіе чего эти дѣла, пройдя всю лѣстницу многихъ инстанцій, опять обращаются къ началу, вслѣдствіе чего дѣло затягивается на столь долгое время, что тяжущіеся не доживаютъ до конца ихъ дѣла" [2]). Таково зло, причиненное справками, брошенными на столь благодатную почву. Перехожу къ Уставу. И въ этомъ вопросѣ, какъ и во многихъ предыдущихъ, онъ однимъ ударомъ разбилъ Гордіевъ узелъ, рѣшилъ вопросъ категорично, поставилъ его на надлежащую почву. Въ противность правиламъ легисляціоннымъ, онъ далъ отрицательное законоположеніе: судъ ни въ какомъ случаѣ не собираетъ самъ доказательствъ и справокъ, а основываетъ рѣшеніе исключительно на доказательствахъ, представленныхъ сторонами (ст. 367) [3]). Взятое само по себѣ, положеніе это весьма ординарно, но въ связи съ предшествующимъ законодательствомъ и судебною практикою оно пріобрѣтаетъ громадное значеніе: 1) ясно формулировано начало, что доказываніе фактовъ, обосновывающихъ притязаніе стороны—дѣло исключительно самихъ сторонъ, и 2) благодѣтельныя справки изгнаны изъ законодательства и практики. Хотя притязанія на пользованіе извѣстными доказательствами, въ числѣ своихъ фактическихъ предположеній (какъ мы видѣли выше при разсмотрѣ одного изъ этихъ притязаній—притязанія на привлеченіе свидѣтеля) имѣютъ и такія, въ сохраненіи силы и значенія которыхъ заинтересовано государство но тѣмъ не менѣе самое осуществленіе этихъ притязаній, въ смыслѣ *доказыванія*, поставлено единственно въ зависимость отъ произволенія тяжущихся. Но на практикѣ, очевидно, встрѣчаются случаи,—и ихъ нужно предвидѣть,—аналогичные тѣмъ, въ которыхъ по Своду собирались справки. Уставъ ихъ предвидѣлъ и выставилъ общее правило, что всѣ справки изъ другихъ правительственныхъ мѣстъ добываются самими тяжущимися, причемъ судъ по ихъ просьбѣ выдаетъ свидѣтельство, воспользоваться или не воспользоваться которымъ зависитъ отъ воли просителя; свидѣтельствомъ этимъ лишь удостовѣряется судомъ необходимость справки (ст. 452 — 455). — Далѣе, образцовой по искусству согласованіи состязательнаго начала съ требованіями практики и интересами тяжущихся является 368 ст.; въ силу ея, когда, по выслушаніи сторонъ, судъ найдетъ, что по нѣкоторымъ изъ приведенныхъ ими обстоятельствъ существенныхъ для рѣшенія дѣла, не представлено доказательствъ, то объявляетъ объ этомъ тяжущимся и назначаетъ срокъ для разъясненія вышеозначенныхъ обстоятельствъ. Правило это, какъ справедливо замѣтили редакторы Устава, вызванное практикою, нельзя считать нарушеніемъ состязательнаго начала, такъ какъ судъ не указываетъ тяжущимся на доказательства и не собираетъ самъ доказательствъ, а только опредѣляетъ обстоятельства, по которымъ должны быть представлены самими тяжущимися тѣ

---

[1]) Камбекъ, н. с. стр. 97.

[2]) Проектъ 1857 г., стр. 287.

[3]) Переходный законъ 10 окт. 1865 г. допускаетъ справки только въ случаѣ просьбы о томъ одной изъ сторонъ (ст. 86); но это было предписано еще ранѣе Указомъ 30 ноября 1864 года.

доказательства, которыя у нихъ имѣются [1]). Явнымъ уклоненіемъ отъ состязательнаго начала является лишь привлеченіе экспертовъ (а не назначеніе осмотра на мѣстѣ). Но это не исключительное право суда; какъ судъ, такъ и стороны могутъ пользоваться этимъ доказательствомъ [2]) (ст. 507, 515). Кромѣ того, стороны, какъ мы уже выше замѣтили, имѣютъ право присутствовать при осмотрѣ и обращать вниманіе лицъ, производящихъ осмотръ на предметы, требующіе осмотра (ст. 540); эксперты выбираются самими тяжущимися и лишь въ случаѣ невыбора къ сроку — судомъ (ст. 518, 524); они-же могутъ отводить этихъ послѣднихъ. по тѣмъ же причинамъ, какъ и свидѣтелей (ст. 522, 523). Несмотря на дѣятельность суда въ этихъ случаяхъ ex officio, вмѣшательство сторонъ, какъ видно, признано въ сильной степени.

б) *Доказываніе фактовъ, обосновывающихъ процессуальныя притязанія сторонъ.* Примѣняется ли и къ этому случаю положеніе, что доказываніе есть дѣло сторонъ, что доказательства предъявляются единственно сторонами? Доказываніе есть приведеніе средствъ, при помощи которыхъ судъ можетъ составить себѣ убѣжденіе о существованіи или несуществованіи извѣстнаго обосновывающаго притязаніе факта. Предъявленіе процессуальныхъ притязаній есть такой же импульсъ къ дѣятельности суда въ интересахъ тяжущихся, какъ и предъявленіе притязаній матеріельноправыхъ. Мы видѣли, что осуществленіе этихъ притязаній зависитъ отъ воли лица, что обоснованіе ихъ фактами тоже совершается сторонами; если сторона осуществляетъ притязаніе, если она приводитъ факты обосновывающіе, то, конечно, и указаніе на средства, при помощи которыхъ судъ можетъ убѣдиться въ существованіи или несуществованіи фактовъ, дѣлается ею и зависитъ отъ нея. Но мы видѣли, что и судъ можетъ приводить факты, обосновывающіе процессуальное притязаніе, т.-е. и судъ можетъ возбудить вопросъ о существованіи этихъ фактовъ. Кто же доказываетъ эти факты? Отнюдь не судъ; судъ долженъ занимать пассивное положеніе; онъ лишь не долженъ слѣдовать импульсу стороны въ такомъ дѣлѣ, въ которомъ имѣются факты, несоотвѣтствующіе тѣмъ фактическимъ предположеніямъ притязанія, силу и значеніе которыхъ онъ обязанъ охранять; если онъ находитъ основаніе предполагать, что въ дѣлѣ находятся факты, не соотвѣтствующіе этимъ предположеніямъ, то его задача возстановить значеніе этихъ предположеній, какія бы послѣдствія это за собою не повлекло, а послѣдствія эти могутъ быть: устраненіе самого притязанія, устраненіе или исправленіе фактическаго строя притязанія и т. д. Для этого ему нѣтъ надобности въ доказываніи — задача его вполнѣ исчерпывается этимъ возстановленіемъ. Другое дѣло сторона. Ея интересъ по отношенію къ фактамъ этого рода можетъ заключаться въ томъ, чтобы или настаивать на томъ, (хотя бы судъ и возбудилъ вопросъ), что существуютъ факты, соотвѣтствующіе этому притязанію, или указать суду, (если онъ самъ этого не сдѣлалъ), на существованіе фактовъ, несоотвѣтствующихъ предположенію, въ сохраненіи которыхъ заинтересовано государство. Пояснимъ нашу мысль примѣромъ. Возьмемъ подсудность по мѣсту нахожденія недвижимаго имущества. Истецъ основываетъ свое притязаніе на начатіе процесса въ данномъ судѣ на томъ, что недвижимое имущество отвѣтчика находится въ районѣ этого суда; судъ сомнѣвается въ этомъ; чтобы избѣжать нарушенія правилъ подсудности суду, достаточно отклонить все притя-

[1]) Объясн. зап. 1863, ч. I, стр. 253.

[2]) Шаткость теоретическихъ воззрѣній на существо этихъ двухъ видовъ доказательствъ со стороны редакторовъ Устава видна изъ того, что разъ — въ книгѣ 1-ой, о порядкѣ производства въ миров. суд. уст.,—они считаютъ ихъ доказательствами, въ другой—въ книгѣ 2-ой, о порядкѣ произв. въ общ. суд. мѣст.—способами провѣрки доказательствъ.

заніе; между тѣмъ истцу можетъ быть вовсе не безразлично, гдѣ дѣло его будетъ разбираться; ему не только должно быть предоставлено право приводить доказательство нахожденія имѣнія въ данномъ районѣ, но онъ обязанъ, если судъ возбудилъ этотъ вопросъ, это сдѣлать, если, конечно, не желаетъ, чтобы судъ обратилъ сомнѣніе въ подсудности дѣла въ признаніе неподсудности. Но, положимъ, судъ не возбуждаетъ вопроса о подсудности; сторона заинтересованная (противная) можетъ ему указать на неподсудность и, конечно, должна доказать это. Если въ ея интересѣ лежитъ отклоненіе притязанія, то въ ея же интересѣ привести доказательства въ необходимости этого отклоненія. Хотя это указаніе и есть лишь указаніе суду на то, чтобы онъ исполнилъ свою обязанность, чтобы онъ возбудилъ вопросъ о подсудности, возложилъ обязанность доказыванія на сторону желающую, чтобы дѣло разобралось этимъ судомъ, тѣмъ не менѣе онъ не можетъ этого сдѣлать, потому что 1) до этого указанія у него не было основаній возбудить вопросъ о подсудности, и 2) сторона, (отвѣтчикъ) указавшая на это, заявила о своемъ интересѣ и возбудила вопросъ, слѣдовательно имѣла же основанія, которыя и должна привести. Если смотрѣть на дѣло такимъ образомъ, что судъ послѣ этого указанія самъ возбуждаетъ вопросъ и сторона, заявившая притязаніе (истецъ) должна доказывать, то это привело бы къ тому, что отвѣтчикъ совершенно неосновательно затягивалъ бы дѣло своими указаніями, избавляясь отъ обязанности доказывать и возлагая ее на противную сторону. Такъ что несоотвѣтствіе фактическаго строя притязанія съ предположеніемъ, о существованіи коего судъ можетъ самъ возбудить вопросъ, доказывается во всякомъ случаѣ сторонами; если судъ возбудилъ вопросъ, то существованіе факта должно быть доказано стороною, заинтересованною въ существованіи его; если сторона возбуждаетъ его, то она же сама и доказываетъ. Но нужно замѣтить, что какъ при томъ, такъ и при другомъ возбужденіи могутъ быть случаи, когда этого доказыванія не требуется: судъ помимо этого имѣетъ основаніе быть убѣжденнымъ въ существованіи даннаго факта; это, когда изъ дѣла вполнѣ очевидно: существуетъ, или несуществуетъ данный фактъ, т.-е. въ самомъ дѣлѣ имѣются доказательства.—Что же касается тѣхъ фактовъ, которые соотвѣтствуютъ предположеніемъ, въ сохраненіи силы и значенія которыхъ заинтересованы однѣ лишь стороны, то, какъ я сказалъ, они доказываются сторонами. Тутъ приведенный стороною обосновывающій фактъ не требуетъ сразу доказательствъ, онъ констатируется судомъ безъ доказательствъ; ему нѣтъ интереса возбуждать вопросъ, существуетъ или несуществуетъ этотъ фактъ, но это лишь до тѣхъ поръ, пока противная сторона не возбудила вопроса о его существованіи; разъ возбужденъ ею этотъ вопросъ, она и доказываетъ несуществованіе его; но сторона, сославшаяся на этотъ фактъ, должна приводить свои доказательства въ пользу его существованіе. Напр., фактъ относительной неспособности свидѣтеля; сторона проситъ о привлеченіи свидѣтеля, утверждая тѣмъ и его полную способность; судъ признаетъ его относительную способность, не возбуждаетъ вопроса объ этомъ; если же противная сторона возбудитъ его, то, возбуждая его, она же доказываютъ эту неспособность свидѣтеля. Обращаюсь къ законодательному матеріалу и беру для примѣра опять притязаніе на начатіе процесса. Факты его обосновывающіе суть: 1) подсудность дѣла данному суду. По 2 ч. X т. не было различія между объективною и субъективною подсудностью; судъ, какъ мы сказали, всегда возбуждалъ вопросъ о подсудности, но кто приводилъ доказательства его въ случаѣ сомнѣнія — это неизвѣстно. Насколько можно судить по общему духу Свода, судъ самъ собиралъ ихъ, дабы не подвергнуться отвѣтственности за принятіе дѣла къ своему разсмотрѣнію. Мнѣ кажется, что 441 ст., говорящая о справкахъ, дѣлаемыхъ съ цѣлью удостовѣренія въ вѣрности показаній тяжущихся, главнымъ образомъ относится къ удостовѣренію показаній, касающихся подсудности и другихъ про-

цессуальныхъ фактовъ; напр., судъ сомнѣвается въ томъ, что данное имѣніе отвѣтчика лежитъ въ районѣ суда; старый судъ естественно обращался къ административному учрежденію со справкою, находится ли данное имѣніе отвѣтчика въ данномъ мѣстѣ; или: судъ сомнѣвается—хотя бы сомнѣніе это было возбуждено сообщеніемъ судейскаго писца,—въ томъ, что отвѣтчикъ не живетъ въ данномъ мѣстѣ; судъ вѣроятно, если желалъ, могъ снестись съ полиціею. Суду былъ данъ полный просторъ; онъ ради соблюденія правила „чтобы одно мѣсто не присвоивало себѣ власти другого" (ст. 212), могъ пріискивать всякія средства, гдѣ желалъ, для убѣжденія себя въ томъ, что подсудность вѣрно опредѣлена. Хотя въ ст. 210 и говорится, что въ случаѣ сомнѣнія судъ испрашиваетъ разрѣшенія высшаго суда, но надо полагать, что здѣсь рѣчь идетъ не о фактической, а о юридичнской сторонѣ притязанія, т.-е. о примѣненіи закона къ данному случаю и, главнымъ образомъ, объ объективной подсудности, напр., подлежитъ ли дѣло разсмотрѣнію полиціи, церковнаго суда и т. п. Спрашивается могъ ли судъ сомнѣваться въ подсудности, построивъ предположеніе о неподсудности и возложить на истца обязанность подысканія доказательствъ? Вѣроятно могъ; въ законѣ положительныхъ правилъ не было, и вѣроятно судьи такъ иногда и дѣлали, но въ большинствѣ случаевъ, надо полагать, пускались въ ходъ справки во всѣ концы... Тоже самое слѣдуетъ сказать и о томъ случаѣ, когда отвѣтчикъ возбуждалъ вопросъ о подсудности. Судъ, вѣроятно, самъ собиралъ доказательства опять таки ради того, чтобы „одно мѣсто не присвоило себѣ власти другого".—Уставъ поставилъ этотъ вопросъ на надлежащую почву. Сначала укажемъ на факты, приводимые судомъ. Возбуждая на основанія подготовительныхъ данныхъ, имѣющихся въ дѣлѣ, вопросъ объ объективной подсудности и о forum rei sitae, судъ не можетъ ради убѣжденія въ несуществованіи извѣстнаго факта собирать какія либо справки (207). Если судъ возбудилъ вопросъ, то истецъ конечно можетъ доказать фактъ, имъ приведенный, т.-е. что дѣло суду подсудно, хотя прямо въ Уставѣ объ этомъ не говорится. Напр., окружный судъ видитъ, что искъ по мѣсту нахожденія недвижимаго имущества ему не подсуденъ, т.-е. возбуждаетъ вопросъ о подсудности, хотя отвѣтчикъ ничего не возражаетъ. Истцу должно быть предоставлено право доказать, что искъ подсуденъ данному окружному суду. Но если судъ не возбуждалъ вопроса о подсудности, а противная сторона его возбудила, т.-е. предъявила отводъ по неподсудности, то по общему правилу она и должна „подкрѣпить его доказательствами или ссылкою на нихъ" (ст. 573). Что же касается субъективной подсудности, то вопросъ о ней можетъ быть возбужденъ лишь противною стороною и въ силу той же 573 ст. отводъ этотъ долженъ быть подкрѣпленъ доказательствами. 2) *Способность судьи.* Если судья самъ возбуждаетъ этотъ вопросъ, то и обязанъ себя устранить—ни о какихъ доказательствахъ тутъ не можетъ быть рѣчи. Иное дѣло, когда судъ этого не дѣлаетъ и сторона возбуждаетъ этотъ вопросъ. По 2 ч. X т., сторона, объявившая подозрѣніе (на судью), обязана ясно доказать основанія онаго (ст. 306), а по Уставу при прошеніи объ устраненіи должны быть указаны положительныя причины и приведены въ удостовѣреніе ихъ доказательства (ст. 670). Какъ въ томъ, такъ и въ другомъ кодексѣ, слѣдовательно, несмотря на то, что вопросъ объ устраненіи судьи долженъ быть возбужденъ судомъ, судъ долженъ быть убѣжденъ сторонами въ существованіи факта неспособности. 3) *Процессуальная недѣеспособность тяжущихся.* По 2 ч. X т. трудно сказать, кто приводилъ доказательства недѣеспособности какъ при возбужденіи вопроса этого судомъ, такъ и тяжущимися; вѣроятно и тутъ право учиненія справокъ оказывало не малую помощь, но съ другой, вѣроятно, сторона, возбуждавшая воотъ вопросъ, приводила доказательства. По Уставу возбужденный судомъ этпросъ о недѣеспособности, въ тѣхъ случаяхъ, когда доказательства недѣ-

способности не имѣются въ дѣлѣ, напр., когда не приложено метрическаго свидѣтельства, нужнаго по другому обстоятельству, судъ едва ли можетъ отклонить притязаніе, не предоставивъ истцу возможности доказать свою процессуальную дѣеспособность. Въ практикѣ бывали случаи, что судъ, возбуждая вопросъ о совершеннолѣтіи истца, но не будучи убѣжденъ въ этомъ, предлагалъ истцу доказать свое совершеннолѣтіе. И дѣйствительно, судъ, съ одной стороны, лишенный возможности самъ собирать доказательства, съ другой же стороны, не имѣя права допустить къ участію въ процессѣ недѣеспособнаго, иначе поступить не можетъ. Если судъ не возбудилъ этого вопроса, а на недѣеспособность истца указалъ отвѣтчикъ, то онъ же обязанъ доказывать это (ст. 573). Что касается условной дѣеспособности иностранца, то судъ, какъ мы видѣли, не возбуждаетъ вопроса, а признаетъ фактъ дѣеспособности его констатированнымъ, доказаннымъ до возраженія отвѣтчика, который долженъ доказать недѣеспособность, если въ дѣлѣ не имѣется доказательствъ или истецъ не признаетъ самъ фактъ принадлежности къ подданству чужого государства (571 п. 5, 573). 4) *Неспособность повѣреннаго.* По Своду точно не извѣстно, какимъ путемъ судъ удостовѣрялся въ субъективной неспособности повѣреннаго (вѣроятно путемъ справокъ) при возбужденіи имъ этого вопроса; для убѣжденія же себя въ объективной неспособности доказательствъ не требовалось, такъ какъ это явствовало изъ самого акта довѣренности. Но если онъ не возбуждалъ вопроса о субъективной способности и это дѣлала сторона путемъ отвода, то она должна была „представить докаазательства такого отвода“ (ст. 196). Мы видѣли, что по Уставу судъ можетъ возбудить (какъ это толкуетъ практика) вопросъ, какъ о субъективной, такъ и объ объективной способности повѣреннаго. И въ этомъ случаѣ, если судъ возбудилъ вопросъ, и въ дѣлѣ нѣтъ очевидныхъ доказательствъ, подтверждающихъ его сомнѣніе, то, какъ справедливо думаютъ практики, судъ не можетъ „справляться“ о томъ въ другихъ дѣлахъ. Но кассаціонный сенатъ ставятъ судъ въ совершенно безвыходное положеніе, не признавая за нимъ права требовать отъ повѣреннаго доказательствъ его способности; онъ основывается на томъ что требованіе это было бы часто невыполнено [1]). Что же дѣлать суду? Онъ не увѣренъ въ томъ, что повѣренный неспособенъ, хотя сомнѣніе на этотъ счетъ существуетъ, а потребовать доказательствъ—нельзя. Суду приходится по неволѣ рисковать и изъ двухъ золъ выбирать меньшее — устранить повѣреннаго, быть можетъ совершенно законнаго. Что же касается невыполнимости то 1) доказать свою способность по всѣмъ пунктамъ 45 и 246 ст. нѣтъ легче, 2) сенату нѣтъ дѣла до того, выполнимо или невыполнимо это требованіе. Въ случаѣ, по поводу котораго было высказано это положеніе, повѣренный, понятно, желалъ и, слѣдовательно, могъ представить доказательства. Несомнѣнно, что практика не должна руководствоваться этимъ положеніемъ, а должна требовать или вѣрнѣе предлагать повѣренному представить доказательства. Если же вопросъ о способности повѣреннаго возбуждается стороною, истцомъ или отвѣтчикомъ, то они и должны это доказать (ст. 572, 573). Что касается упомянутаго нами выше заключенія сената по поводу закона 25 мая 1874 г., то, какъ мы видѣли, вопросъ о правѣ управляющихъ быть повѣренными ихъ мнимыхъ принципаловъ долженъ быть возбужденъ судомъ и *имъ же должны быть подысканы доказательства* неспособности. Этотъ прискорбный выводъ вполнѣ консеквентно вытекаетъ изъ того положенія, что судъ не можетъ предложить повѣренному предъявить доказательства своей способности. Если же онъ не можетъ требовать предъявленія доказательствъ и въ то же время не долженъ остановиться на одномъ „сомнѣніи“, то естественно долженъ искать

---

[1]) Р. К. Д. С. 1446/70.

доказательствъ. Остается надѣяться, что наши суды не примутъ ни того положенія, изъ котораго вытекаетъ указанный выводъ, ни самый выводъ, благо сенатъ предоставилъ порядокъ собиранія (справокъ) свѣдѣній усмотрѣнію суда.

### *2. Доказываніе нормъ, обосновывающихъ притязанія сторонъ.*

Въ томъ единственномъ случаѣ (130 ст. У. г. с.), когда обосновывающіе нормы приводятся сторонами, а именно нормы обычнаго права, существованіе ихъ, по смыслу закона, не должно быть доказываемо сторонами; хотя нѣкоторые изъ нашихъ ученыхъ и требуютъ, чтобы обычаи были удостовѣрены тѣмъ, кто ссылается на нихъ [1]). Уставъ говоритъ, что судья можетъ руководиться по ссылкѣ сторонъ „*общеизвѣстными* обычаями". Еслибы даже не было прямого указанія на мнѣніе редакторовъ устава по этому вопросу, то, трудно было бы предположить, чтобы такіе дѣльные и осторожные юристы, какъ они, употребили терминъ „общеизвѣстные" безо всякихъ основаній. Можно сказать безошибочно, что обычай, на который ссылаются стороны въ случаѣ, указанномъ въ ст. 130, не требуетъ доказательствъ [2]) именно потому, что онъ долженъ быть общеизвѣстенъ, а слѣдовательно и извѣстенъ мировому судьѣ. Хотя факты и нормы, какъ мы упомянули выше, и рѣзко различаются въ гражданскомъ процессѣ, тѣмъ не менѣе общее между ними то, что коль скоро они общеизвѣстны (notorisch), о доказываніи ихъ не можетъ быть и рѣчи. Еслибы редакторы Устава имѣли въ виду необходимость доказыванія обычая, то, конечно, установили бы на этотъ счетъ какія-либо правила, такъ какъ доказать передъ судомъ существованіе обычая, если не невозможно, то по крайней мѣрѣ, весьма трудно. Ни одинъ свидѣтель не рѣшится подъ присягою подтвердить существованіе обычая. Редакторы Устава имѣли основаніе разсчитывать, что общеизвѣстные обычаи въ данной мѣстности будутъ извѣстны и мировому судьѣ, такъ какъ одно изъ условій избранія мировыхъ судей есть принадлежность ихъ къ числу *мѣстныхъ жителей* (ст. 19 Учр. с. у.),— хотя понятіе мѣстнаго жителя и не опредѣлено въ законѣ. Въ средѣ редакторовъ Устава было высказано мнѣніе, что мировой судья долженъ, въ случаѣ сомнѣнія въ существованіи мѣстнаго обычая, допросить мѣстныхъ жителей, но въ большинствѣ мысль эта не встрѣтила поддержки: мировому судьѣ, говорило большинство, какъ мѣстному жителю самому будутъ извѣстны мѣстные обычаи [3]).

## Д. Опредѣленіе предѣловъ и силы судебнаго рѣшенія.

### *1. Опредѣленіе предѣловъ судебнаго рѣшенія.*

Выше мы уже говорили о началѣ ne eat judex ultra petita partium; понимаемое въ обширномъ смыслѣ, оно означаетъ: судья связанъ требованіями сторонъ, слѣдовательно, 1) въ чемъ стороны согласны, то должно считаться безспорнымъ, не требующимъ судебнаго разсмотрѣнія и 2) если требованіе стороны не признается противникомъ, то судъ, разсмотрѣвъ предъявленные обосновывающіе факты и доказательства, присуждаетъ или не присуждаетъ просимое, т.-е. ничего другого, кромѣ просимаго и небольше того, о чемъ просили

---

¹) Побѣдоносцевъ, н. с. стр. 174.

²) Въ принципѣ съ этимъ согласенъ Малининъ н. с. стр. 75.

³) Журн. зас. комм. 1864 г., № 44, стр. 10.

(что также было бы „другимъ" относительно просимаго). Посмотримъ, насколько Сводъ и Уставъ приняли и насколько послѣдовательно провели эти начала. Что касается того случая, когда между сторонами по данному требованію нѣтъ спора, то и 2 ч. X т., согласно состязательному началу, не требуетъ производства суда, а обязываетъ судъ постановить рѣшеніе согласно заявленному одною стороною и признанному другою; тутъ предѣлы рѣшенія устанавливаются сторонами безъ состязанія. Обстоятельства, утвержденныя собственнымъ признаніемъ отвѣтчика, не требуютъ дальнѣйшихъ доказательствъ и судъ постановляетъ о нихъ рѣшеніе—говорится въ ст. 293. Прямого опредѣленія, что судъ не долженъ присуждать болѣе того, что требуется истцомъ, во 2 ч. X т. нѣтъ, но оно, очевидно, вытекаетъ изъ предписанія, чтобы истецъ въ точности опредѣлилъ свои требованія въ исковомъ прошеніи; онъ долженъ изложить его ясно, по пунктамъ (ст. 2, 245) и затѣмъ написать: „дабы повелѣно было", объяснивъ, о чемъ просьба приносится (ст. 246). Заставляя истца, такимъ образомъ, опредѣлить въ точности свои требованія, законъ дѣлаетъ это также въ виду того, чтобы судъ въ рѣшеніяхъ своихъ не выходилъ за предѣлы этихъ требованій. Если допустить, что судъ могъ опредѣлить предѣлы рѣшенія и несмотря на требованія сторонъ, могъ присудить и болѣе того, то незачѣмъ было бы предписывать точное опредѣленіе этихъ требованій въ исковомъ прошеніи. Тоже самое слѣдуетъ сказать о цѣнѣ иска. Сводъ требуетъ, что бы она была „означена" (267 п. 5) въ исковомъ прошеніи именно для того, чтобы поставить предѣлы судебному рѣшенію. Требованіе точнаго обозначенія иска въ прошеніи также доказываетъ, что по закону судъ не можетъ присудить нѣчто другое, и не то, что требовалось стороною.—Что, наконецъ, касается того положенія, что судъ можетъ присудить и менѣе, чѣмъ требуется истцомъ, то, какъ мы уже выше замѣтили, ни одинъ изъ кодексовъ, а также и Сводъ, не считаютъ нужнымъ о немъ упоминать.

Въ теоретической части мы указали на два признаваемыя учеными исключенія изъ положенія ne eat iudex ultra petita partium: на требованіе возмѣщенія судебныхъ издержекъ и требованіе плодовъ отыскиваемой вещи. Признаетъ ли Сводъ эти исключенія, т.-е. требуетъ ли онъ, чтобы судъ самъ присуждалъ, безъ просьбы стороны, судебныя издержки и плоды вещи? Что касается судебныхъ издержекъ, то по Своду нужно различать собственно судебныя издержки и убытки по дѣлу отъ проѣстей и волокитъ. Съ общей точки зрѣнія, въ понятіе судебныхъ издержекъ входятъ всѣ имущественныя издержки лица причиненныя процессомъ; 2 ч. X т. же подъ судебными издержками и убытками понимаетъ всѣ потери, за исключеніемъ потерь отъ потраченнаго времени. Относительно послѣднихъ онъ выставляетъ общее правило: взысканіе проѣстей и волокитъ производится по просьбѣ оправданнаго (ст. 1811). Что же касается остальныхъ издержекъ, то о нихъ лишь говорится, что потерявшій тяжбу вознаграждается за всѣ по оной судебныя издержки и убытки (ст. 1733). Мнѣ кажется, что относительно послѣднихъ можетъ быть примѣнено по аналогіи правило касающееся первыхъ, 1) въ виду однородности ихъ; 2) судя по выраженію „вознагражденіе за издержки и убытки", трудно допустить, чтобы Сводъ, опредѣляющій съ такой охотой активную дѣятельность суда, желая указать на дѣятельность суда ex officio и въ этомъ случаѣ, не упомянулъ бы о томъ, что судъ долженъ присудить издержки помимо просьбы стороны; говоря же, что тяжущійся „вознаграждается", Сводъ какъ бы на первый планъ ставитъ тяжущихся, имѣющихъ *право* на вознагражденіе. Сопоставленіе издержекъ и убытковъ съ проѣстями и волокитами даетъ основаніе предположить, что сказанное о послѣднихъ относится и къ первымъ; сторона, сказано, обязана вознаградить за всѣ издержки и убытки, *независимо* отъ проѣстей и волокитъ т.-е. таже обязанность „вознагражденія", которая признана относительно послѣднихъ, признается и относительно перыхъ;

обязанность-же относительно послѣднихъ есть обязанность, налагаемая судомъ по требованію стороны, ergo и обязанность относительно первыхъ принадлежитъ къ обязанностямъ того же рода. Что касается требованія плодовъ присужденной вещи, то о немъ во 2 ч. X т. прямыхъ указаній нѣтъ, но въ виду того, что истецъ долженъ въ исковомъ прошеніи опредѣлить свое требованіе и означить цѣну иска, можно заключить, что онъ долженъ указать на то, требуетъ ли онъ эти плоды, или нѣтъ; плоды эти, имѣющіе мѣновую цѣнность, будучи включены въ исковое прошеніе или исключены изъ него измѣняютъ собою самую цѣну иска, цѣну, опредѣляющую предѣлы рѣшенія. Переходя къ Уставу, мы видимъ, что онъ въ вопросѣ объ исключеніи судебнаго разбирательства по такимъ пунктамъ, которые не спорны между сторонами придерживается того же правила, какъ и Сводъ: судъ постановляетъ рѣшеніе согласно съ заявленіями одной стороны, признанными другою (314, 479, 480) [1]. Что же касается вопроса о зависимости рѣшенія отъ заявленій, не признанныхъ противникомъ, то Уставъ высказыоаетя и въ этомъ случаѣ, со свойственной ему категоричностью, когда дѣло идетъ о такомъ вопросѣ, который Сводомъ или дурно, или неопредѣленно разрѣшенъ. Онъ выставилъ общее положеніе: *судъ не имѣетъ права ни постановлять рѣшенія о такихъ предметахъ, о коихъ не предъявлено требованіе, ни присуждать болѣе того, что требовалось тяжущимися* (ст. 706, 131). Ради возможности достиженія этого требуется, чтобы въ исковомъ прошеніи былъ помѣщенъ просительный пунктъ, заключающій въ себѣ требованіе истца, т.-е. то, о чемъ онъ проситъ судъ постановить рѣшеніе (ст. 257, п. 6). Общее положеніе не испытываетъ ни одного исключенія; мало того, оно повторяется въ примѣненіи къ частному случаю, да еще къ такому, который часто считается исключеніемъ, а именно къ требованію судебныхъ издержекъ: тяжущійся, говорится въ ст. 268, противъ котораго постановлено рѣшеніе, обязанъ *по требованію противной стороны* возвратить ей... судебныя издержки и вознаградить ее за веденіе дѣла, а прошеніе о взысканіи... судебныхъ издержекъ подается въ тотъ окружной судъ, въ которомъ производилось дѣло, поясняется въ ст. 292.

### *2. Опредѣленіе силы судебнаго рѣшенія.*

Предѣлы судебнаго рѣшенія, какъ мы видѣли суть тѣ *границы*, далѣе которыхъ судъ, постановляя рѣшеніе, идти не можетъ, сила же судебнаго рѣшенія есть приданная ему *способность* ставить спорное между сторонами право внѣ сомнѣнія, способность исключать новый споръ между сторонами по предмету, о которомъ состоялось рѣшеніе. Но и эта способность имѣетъ свои предѣлы, т.-е. сила судебнаго рѣшенія имѣетъ свой опредѣленный—объективный и субъективный—объемъ. Кѣмъ же опредѣляется этотъ объемъ? Несомнѣнно, сторонами. 1) Сила судебнаго рѣшенія не идетъ далѣе того права, которое осуществляется истцомъ т.-е. способность исключать новый споръ придается рѣшенію только касательно права, осуществляемаго истцомъ, и 2) рѣшеніе не идетъ далѣе тяжущихся сторонъ, т.-е. способность исключать новый споръ придается рѣшенію только касательно самихъ тяжущихся. Судъ не можетъ распространить силу рѣшенія далѣе спорнаго (дѣла) права и опредѣленныхъ тяжущихся сторонъ. Что касается объективнаго объема силы судебнаго рѣшенія, то ограниченіе его однимъ правомъ, указаннымъ истцомъ, вытекаетъ изъ того, что стороны просятъ судъ разрѣшить только предлагаемый ему вопросъ; всѣ же остальные вопросы возбуждаются въ процессѣ не

---

[1]) Малининъ, Судебн. признаніе стр. 202—103.

сами по себѣ, а лишь по своей связи съ спорнымъ пунктомъ; они не разрѣшаются судомъ, и только разсматриваются имъ; значеніе они имѣютъ лишь по отношенію къ спорному праву, а потому еслибы судъ съ ними снова встрѣтился по другому дѣлу, то онъ долженъ былъ бы ихъ снова разсмотрѣть, а не основываться на томъ, что они раньше такъ-то были рѣшены имъ (или другимъ судомъ). Всѣ эти вопросы вводятся въ процессъ не для окончательнаго ихъ разрѣшенія; споръ сосредоточивается на одномъ вопросѣ о правѣ, разрѣшенія коего стороны получаютъ отъ суда и на который направлены всѣ приводимые ими факты и доказательства [1]). Такъ, судъ не рѣшаетъ окончательно ни вопроса о фактахъ, обосновывающихъ притязанія, ни вопроса о доказательствахъ. Стороны приводятъ эти факты и доказательства не для того, чтобы была признана абсолютная сила ихъ во всѣхъ случаяхъ, какіе бы ни встрѣтились, а лишь для того, чтобы судъ призналъ придаваемое имъ сторонами обосновывающее и доказательное значеніе относительно даннаго, опредѣленнаго права. Напр., возьмемъ, фактъ состоянія въ родствѣ. Доказательства этого факта приводятся истцомъ, положимъ, для подтвержденія его права на алименты; онъ проситъ судъ признать обосновывающее и доказательное значеніе факта, и доказательства только ради присужденія ему алиментовъ; удовлетворяя эту просьбу судъ тѣмъ лишь признаетъ значеніе факта и доказательства для права на алименты, а не для какого-либо другого права, могущаго быть подтвержденнымъ этимъ же фактомъ, этимъ же доказательствомъ. Далѣе, истецъ заявляя свое притязаніе, долженъ указать на всѣ элементы спорнаго права: его природу, физическій объектъ, а не только на фактъ, изъ котораго право возникло; этимъ указаніемъ опредѣляется сила рѣшенія относительно спорнаго права: по иску о правѣ пользованія судъ не рѣшаетъ окончательно о правѣ собственности, такъ какъ истецъ этого не требуетъ; по иску о правѣ на часть вещи, судъ не рѣшаетъ окончательно о правѣ на цѣлое; по той же причинѣ, по иску о правѣ, выводимомъ истцомъ изъ одного факта, судъ не рѣшаетъ окончательно вопроса объ этомъ правѣ, выводимомъ изъ другого факта опять-таки потому, что истецъ объ этомъ не проситъ. Такъ что объективный объемъ судебнаго рѣшенія ограничивается правомъ, отыскиваемымъ истцомъ (не касаясь, конечно, доказательствъ), правомъ, опредѣляемымъ истцомъ по природѣ его, по размѣру его физическаго объекта и по факту изъ котораго оно выводится. Иначе говоря, рѣшенію придается способность исключать новый споръ по тому же спорному праву той же юридической природѣ, относительно того же физическаго объекта, въ томъ же размѣрѣ и выводимомъ изъ того же факта (конечно, рѣшеніе о большемъ всегда включаетъ въ себя рѣшеніе о меньшемъ) [2]). Относительно субъективнаго объема силы судебнаго рѣшенія нужно замѣтить, что если судъ ограничивается предложеннымъ сторонами матеріаломъ и постановляетъ рѣшеніе на основаніи приведенныхъ доказательствъ, то рѣшеніе входитъ въ силу только въ отношеніи тяжущихся сторонъ; распространить его и на третьихъ. лицъ значило бы ставить этихъ послѣднихъ въ зависимость отъ произвола, небрежности сторонъ въ дѣлѣ веденія процесса; спорное право можетъ быть не слишкомъ интересуетъ тяжущагося и онъ ведетъ процессъ не-

---

[1]) Миловидовъ, н. с. стр. 19—21.

[2]) Обстоятельный анализъ этого см. въ прекрасномъ трудѣ г. Миловидова, къ сожалѣнію слишкомъ маломъ по объему, въ виду широты задачи и множества вопросовъ, входящихъ въ составъ темы; не менѣе достоенъ сожалѣнія совершенно неудачный выборъ примѣровъ изъ сенатской практики, каково рѣшеніе по дѣлу князя Баратинскаго № 206, 1867 г.—тутъ преюдиціальный вопросъ разсматривается по связи съ главнымъ, но не видно, чтобы онъ былъ разрѣшенъ окончательно, давая тѣмъ основаніе для exceptio rei judicatae.

достаточно внимательно, проигрываетъ его; было бы несправедливо придавать рѣшенію законную силу и въ отношеніи третьихъ лицъ, интересы коихъ могутъ быть несовмѣстимы съ нимъ [1]). Истецъ проситъ объ осуществленіи *его* права; до третьяго лица, ни на что его не уполномочившаго, ему дѣла нѣтъ— оно само можетъ защищать свои права, да и судъ не вправѣ заботиться о нихъ: онъ рѣшаетъ окончательно лишь вопросъ о правѣ истца, просившаго о томъ. Перехожу къ законодательствамъ. Сила судебнаго рѣшенія, конечно, признана и Сводомъ, допускающимъ exceptio rei judicatae (ст. 634), т.-е. признающимъ за рѣшеніемъ способность исключать новый споръ по рѣшенному дѣлу. Что касается объективнаго объема этой силы, то въ самомъ законѣ нѣтъ препятствій къ примѣненію теоретическихъ соображеній, ибо по 2 ч. X т., какъ мы видѣли, истецъ неизбѣжно долженъ былъ ясно опредѣлить то, чего онъ требуетъ отъ суда, долженъ былъ изложить опредѣленно элементы отыскиваемаго имъ права: природу, физическій объектъ и фактъ, изъ котораго вытекаетъ право; судья же долженъ былъ *рѣшать* только о томъ, о чемъ истецъ его въ точности проситъ. Независимо отъ этого общаго соображенія, въ Сводѣ мы находимъ и прямое указаніе на то, что именно правомъ, отыскиваемымъ истцомъ, ограничивается сила судебнаго рѣшенія; а именно въ той же 634 ст. сказано, что „тяжбы, по коимъ рѣшеніе вступаетъ въ законную силу, не могутъ быть перевершаемы... въ существѣ ихъ“...; это значитъ, что законная сила рѣшенія, т.-е. способность исключать новый споръ касается лишь „существа“ тяжбы, подъ существомъ же тяжбы слѣдуетъ понимать самое матеріальное право или притязаніе, а не факты обосновывающіе или не доказательства. Терминъ „тяжба“ употребленный въ этой статьѣ, не долженъ быть понимаемъ въ тѣсномъ смыслѣ Свода, а въ смыслѣ общемъ, такъ какъ статья эта помѣщена въ раздѣлѣ объ исполненіи судебныхъ рѣшеній вообще, касающемся какъ тяжбъ, въ собственномъ смыслѣ, такъ и исковъ — Уставъ и въ этомъ случаѣ выставилъ категоричное положеніе, не допустивъ ни одного исключенія. Въ ст. 895 говорится, что рѣшеніе вступаетъ въ силу только по отношенію къ *спорному предмету*, отыскиваемому и оспариваемому тѣмъ же тяжущимися и на томъ же основаніи; такъ что законная сила усвояется однимъ лишь опредѣленіемъ суда о правѣ истца, другіе же вопросы, возбуждаемые стороною въ теченіи процесса только разсматривается судомъ и сила рѣшенія не простирается на нихъ [2]). Что касается субъективнаго объема рѣшенія, то во 2 ч. X т. можно найти кое-какія указанія на то, что сила рѣшенія не распространяется на третьихъ лицъ, а ограничивается одними тяжущимися. Третьему лицу законъ представляетъ право участія въ процессѣ, если оно имѣетъ въ дѣлѣ интересъ (ст. 183), и въ случаѣ участія предписываетъ судьѣ „въ точности обозначить, въ какомъ отношеніи оно остается къ дѣлу“ (ст. 473). Изъ этого можно вывести заключеніе, что на третьихъ лицъ, не участвующихъ въ дѣлѣ, сила рѣшенія не распространилась; рѣшеніе вступаетъ въ силу относительно лицъ, обозначенныхъ въ немъ, а на третьихъ лицъ; не обозначенныхъ въ рѣшеніи, сила его распространена быть не могла; допуская возможность послѣдняго, ст. 473 потеряла бы смыслъ... О лицахъ на которыхъ распространяется сила рѣшенія во 2 ч. X т. также говорится пара словъ: тяжба или искъ переходятъ по наслѣдству, и наслѣдникъ продолжаетъ на-

---

[1]) Миловидовъ, н. с. стр. 107, 108.

[2]) Ibid., стр. 100. Изъ того, что въ ст. 895 говорится объ „основаніяхъ“, а въ 257 п. 4 объ „обстоятельствахъ, изъ которыхъ искъ проистекаетъ“, Миловидовъ справедливо выводитъ, что сила рѣшенія распространяется на данное право только въ отношеніи къ данному факту, изъ котораго оно выводится, и что оно распространяется какъ на личные, такъ и на вещные иски, стр. 105.

чатое дѣло (ст. 176), вступаетъ въ положеніе умершаго слѣд. и сила рѣшенія распространяется на него; но онъ конечно не третье лицо, а преемникъ тяжущагося; въ частности, въ отношеніи къ малолѣтнему говорится, что вслѣддствіе перехода къ нему имѣнія, относительно котораго постановлено рѣшеніе о продажѣ, сила рѣшенія распространена на него. Уставъ, какъ мы видѣли, прямо говоритъ, что рѣшеніе вступаетъ въ силу только въ отношеніи тяжущихся сторонъ (ст. 295). Это правило имѣетъ въ нашемъ законѣ абсолютную силу и никакія исключенія изъ него не допускаются [1]).

## Е. Реализація результатовъ процесса.

Результатъ процесса есть судебное рѣшеніе, реализація результата процесса—исполненіе судебнаго рѣшенія. Мы оставляемъ, конечно, въ сторонѣ рѣшенія оправдательныя и будемъ имѣть дѣло только съ рѣшеніями обвинительными. Мы выше уже имѣли случай упомянуть, что состязательное начало проявляется здѣсь въ смыслѣ совершенной произвольности этого акта. Большинство процессуалистовъ не отводятъ этому вопросу особеннаго мѣста въ ученіи о состязательномъ началѣ, а видятъ въ немъ лишь отраженіе начала— ne procedat judex ex officio. Менгеръ выдѣлилъ его по тому соображенію, что исполнительное производство есть совершенно отдѣльная стадія процесса, въ которой состязательное начало проявляется весьма полно. Обвинительное судебное рѣшеніе, какъ положительный отвѣтъ на исковое прошеніе [2]), поглощаетъ собою искъ, такъ какъ задача его выполнена, цѣль достигнута; но оно порождаетъ новый искъ, *actio judicati*; да позволено будетъ назвать его искомъ судебнымъ. Искъ этотъ отличается тою особенностью, что, по нѣкоторымъ законодательствамъ, срокъ давностнаго его погашенія менѣе продолжителенъ и что онъ всегда переходитъ къ наслѣдникамъ, несмотря на то, что право, признанное рѣшеніемъ, можетъ быть чисто личное. Судебное рѣшеніе, разрѣшивъ данное спорное правоотношеніе, создаетъ (формально) новое правоотношеніе— судебное обязательство — отличное отъ перваго; право вѣрителя этого обязательства, первоначальнаго истца, и защищается судебнымъ искомъ [3]). Этотъ искъ въ формальномъ, процессуальномъ отношеніи отличается тою особенностью, что онъ предъявляется не какъ искъ, а въ видѣ простой просьбы (Gesuch) объ исполненіи рѣшенія (imploratio officii judicis); особаго процесса предъявленіемъ этого иска не порождается, а лишь по наступленіи извѣстныхъ обстоятельствъ, оказывается судебная помощь. Въ самомъ производствѣ исполненія судъ принимаетъ дѣятельное участіе. Но какъ-бы то ни было, это искъ и къ нему примѣняется правило: nemo judex sine actore. По Своду судебнаго иска не существовало, такъ что въ этомъ случаѣ законъ кореннымъ образомъ нарушилъ состязательное начало. Формализмъ Свода тутъ выступилъ во всемъ своемъ блескѣ. Если истецъ разъ осмѣлился безпокоить судью своимъ искомъ и тотъ постановилъ рѣшеніе. то уже въ силу этого постановленія оно приводится въ исполненіе. Исполненіе рѣшенія было дѣломъ государственнымъ; актъ рѣшенія былъ нѣчто столь высокое, что даже прикосновеніе къ нему тяжущагося было запрещено. Судъ составлялъ указъ объ исполненіи и препровождалъ его въ полицію; указъ этотъ препровождался туда или непосредственно, или по почтѣ, но, какъ сказано въ 637 ст., отнюдь не вручая его

[1]) Ibid., стр. 131 и слѣд.

[2]) Малышевъ.—Курсъ т. 2, стр. 407.

[3]) Обстоятельное изложеніе процесса образованія иска см. у Унгера н. с. т. 2 стр. 677—687.

для доставленія туда—оправданной сторонѣ. Она, чего добраго, вздумала бы оставить у себя этотъ указъ, который благодаря тому не могъ бы быть приведенъ въ исполненіе... Сводъ старался предупредить именно то, что желательно съ точки зрѣнія науки. Полиція должна была безостановочно и скоро приводить въ исполненіе (ст. 639) и могла воздержаться отъ того только въ случаѣ дѣйствительнаго недоразумѣнія или невозможности (ст. 636 п. 4). Выходитъ, какъ будто рѣшеніе во чтобы то ни стало приводится въ исполненіе, хочетъ ли того истецъ, или нѣтъ. Но нѣкоторыя коренныя положенія состязательнаго начала обладаютъ такою абсолютною силою, что кодексъ, отрицая ихъ въ одномъ случаѣ, волей-неволей, признаетъ въ другомъ. Разсудокъ не мирится съ тѣмъ, что гражданское право лица реализируется противъ его воли. Сводъ, хотя и предписывая рядъ формальностей, все-таки даетъ истцу возможность отклонить исполненіе рѣшенія, и именно предъявленіемъ мировой сдѣлки, которая „можетъ быть заключена и по постановленіи рѣшенія" (ст. 1131).—Уставъ и въ этомъ случаѣ остался вѣренъ самому себѣ: признавъ существованіе судебнаго иска, онъ установилъ правило, что судебныя рѣшенія обращаются къ исполненію не иначе, какъ по желанію взыскателя (ст. 925); imploratio officii judicis выражается въ формѣ словесной или письменной просьбы о выдачѣ исполнительнаго листа, обращенной къ суду, постановившему рѣшеніе (926). Но для приведенія рѣшенія въ исполненіе при помощи суда требуется еще просьба, обращенная къ предсѣдателю суда, о назначеніи судебнаго пристава (938); предсѣдатель, назначивъ послѣдняго, передаетъ исполнительный листъ ему или самому тяжущемуся для передачи судебному приставу (939). Это постановленіе можетъ показаться обременительнымъ для тяжущихся, только затягивающимъ процессъ; на самомъ же дѣлѣ это одна изъ лучшихъ гарантій именно быстраго исполненія судебныхъ рѣшеній, а отъ быстроты исполненія часто зависитъ самая возможность удовлетворенія взыскателя. Непосредственное обращеніе тяжущихся къ приставу 1) оказалось бы затруднительнымъ для тяжущихся въ томъ отношеніи, что при постоянныхъ разъѣздахъ пристава по дѣламъ службы и вообще многочисленныхъ занятій внѣ дома было бы весьма трудно его разыскать; не заставъ одного, слѣдовало бы обратиться къ другому, третьему и т. д. 2) это неизбѣжно вызвало бы споры и недоразумѣнія и затягивало-бы дѣло; заваленный дѣлами приставъ обвинялся бы въ медленности, тогда какъ онъ на самомъ дѣлѣ только исполнялъ рѣшенія по очереди, по времени поступленія исполнительныхъ листовъ; приставъ обвинялъ бы тяжущихся въ назойливости и т. д.; 3) это подало бы поводъ къ злоупотребленіямъ; приставъ, заинтересованный, благодаря процентной платѣ со взыскиваемаго имущества, въ одномъ дѣлѣ болѣе, чѣмъ въ другомъ, приводилъ бы въ исполненіе рѣшенія болѣе выгодныя раньше менѣе выгоднаго; при обращеніи же къ приставу черезъ предсѣдателя суда, начальника пристава, эти недостатки устранятся [1]) или, по крайней мѣрѣ, умалятся.

Мы кончили. Къ какому же общему выводу можетъ привести сравнительный анализъ 2 ч. X т. и Устава гражд. судопр.? Измѣненія, внесенныя Уставомъ, разсматриваемыя съ точки зрѣнія теоретической, заключаются въ ясной и категоричной формулировкѣ положеній, основанныхъ на состязательномъ началѣ гражданскаго процесса, положеній, лежащихъ, однако, въ духѣ Свода. Этотъ безсвязный конгломератъ юридическихъ нормъ, возникшихъ въ различныя эпохи, при перемѣнномъ господствѣ крайне противуположныхъ воззрѣній на государственную власть и на судъ гражданскій, сохранилъ въ существѣ принципъ древняго русскаго процесса, процесса состязательнаго; но онъ, какъ и предшествовавшіе ему законодательные акты, затеръ это начало, выставивъ

---

[1]) Объясн. зап. 1863 г., ч. 2, стр. 91—93. Журналъ ком. 1864 г. № 44, стр. 54.

то или другое противурѣчащее ему положеніе, которое, однако, при свободномъ научномъ толкованіи теряетъ таковое значеніе. Въ древнихъ памятникахъ нашего законодательства, которыхъ слѣдуетъ считать созданіемъ самаго народа, а не продуктомъ политическихъ воззрѣній государства, мы видимъ признаніе и ясное формулированіе основныхъ положеній состязательнаго начала. Уставъ, какъ мы сказали, придалъ имъ категоричную форму, затертую предшествовавшимъ ему законодательствомъ, благодаря чему сталъ на уровень древняго русскаго права и современной науки права. Какой странный результатъ! Мы вернулись къ старинѣ, чѣмъ и удовлетворили современности. Да, такова сила, такова разумность состязательнаго начала. Гражданскія права существуютъ съ самыхъ первыхъ эпохъ жизни народа — съ момента возникновенія сознанія о моемъ и твоемъ. Когда, затѣмъ, народъ доросъ до созданія суда по спорамъ о моемъ и твоемъ, онъ неизбѣжно, инстинктивно построилъ этотъ судъ на состязательномъ началѣ; онъ долженъ былъ сдѣлать это, такъ какъ начало это вытекаетъ изъ существа гражданскихъ правъ. Всѣ попытки,—не говоримъ: построить процессъ на началѣ противуположномъ, слѣдственномъ — этого никогда не было, — всѣ попытки ослабить его примѣненіе, оказались неудачными и, главное, недолговѣчными: рано или поздно начало состязательное должно было быть возстановлено въ своей чистотѣ и выражено въ ясной, категоричной формѣ.

Эта-то честь должна быть отдана нашему Уставу гражданскаго судопроизводства 20 ноября 1864 года.

---

## X.

## Судопроизводство по гражданскимъ дѣламъ, подвѣдомственнымъ уѣзднымъ членамъ окружнаго суда, земскимъ участковымъ начальникамъ и городскимъ судьямъ [1]).

Принимаясь за изложеніе гражданскаго процесса, созданнаго законами 12 іюля и 29 декабря 1889 г., мы ставимъ себѣ задачей представить возможно полную картину этого процесса, указывая на то, что воспроизведено изъ дѣйствующаго еще законодательства, что изъ него должно имѣть примѣненіе въ новыхъ учрежденіяхъ, что и въ какой мѣрѣ измѣнено и что внесено новаго, подвергая измѣненія и нововведенія критической оцѣнкѣ. Исчерпать всѣ недоумѣнія, вызываемыя новыми законами, мы не беремся, но считаемъ нужнымъ остановиться лишь на главнѣйшихъ изъ нихъ. Недоумѣнія эти вызываются, съ одной стороны, содержаніемъ, формой и взаимнымъ отношеніемъ имѣющихся въ законѣ положеній, а съ другой—неполнотой закона. Насколько возможно, мы укажемъ практикѣ выходъ изъ этихъ недоумѣній. Воздерживаемся мы и отъ общихъ выводовъ и заключеній. Эти выводы и заключенія возможны лишь при цѣлостномъ разсмотрѣніи всѣхъ функцій созданныхъ и преобразованныхъ закономъ учрежденій, да къ тому же такая работа пока еще преждевременна.

---

[1]) Журн. гр. и уг. пр. 1891 г. № 5.

Созданныя закономъ 12 іюля 1889 года новыя судебно-административныя и судебныя установленія вызвали необходимость созданія новыхъ правилъ ихъ дѣятельности. Правила эти отчасти уже содержатся въ законѣ 12 іюля, но значительное большинство ихъ помѣщено въ законѣ 29 декабря 1889 г. Только относительно *уѣздныхъ членовъ окружнаго суда* сдѣлано съ этой стороны исключеніе. Новый законъ создалъ эту должность и, опредѣливъ предѣлы вѣдомства уѣзднаго члена, не установилъ, однако, новыхъ правилъ собственно судопроизводственныхъ: дѣла, отнесенныя къ вѣдомству уѣзднаго члена окружнаго суда, производятся по правиламъ устава гражданскаго судопроизводства для мировыхъ судей [1]). Что касается вѣдомства уѣзднаго члена окружнаго суда, то территоріальные предѣлы его опредѣляются границами уѣзда [2]); въ этихъ предѣлахъ ему подвѣдомственны, въ спорномъ порядкѣ, тѣ изъ исковъ, подлежащихъ по уставу гражданскаго судопроизводства вѣдомству мировыхъ судей, которые по закону 29 декабря не подвѣдомственны земскимъ участковымъ начальникамъ или городскимъ судьямъ, и въ порядкѣ охранительнаго судопроизводства всѣ дѣла, отнесенныя уставомъ гражданскаго судопроизводства къ вѣдомству мировыхъ судей [3]), за исключеніемъ нѣкоторыхъ дѣйствій, возложенныхъ на земскихъ начальниковъ [4]). Сопоставляя ст. 29 уст. гражд. суд. съ правилами новыхъ законовъ, приходимъ къ тому, что уѣзднымъ членамъ подвѣдомственны въ порядкѣ спорномъ только иски между частными лицами, такъ какъ двѣ категоріи исковъ, сопряженныхъ съ интересами казенныхъ управленій, которыя могутъ быть разсмотрѣны мировыми судьями, отнесены къ вѣдомству земскихъ начальниковъ и городскихъ судей. Нельзя не отмѣтить тутъ той непослѣдовательности, что уѣздный членъ окружнаго суда, стоящій выше земскихъ начальниковъ и городскихъ судей по образовательному и служебному цензу и разрѣшающій вообще дѣла болѣе сложныя и крупныя, не признается компетентнымъ въ разрѣшеніи дѣлъ казенныхъ управленій, подвѣдомственныхъ, по уставу, мировымъ судьямъ; по дѣламъ этимъ признаны почему то болѣе компетентными земскіе начальники и городскіе судьи. Уѣздному члену окружнаго суда подвѣдомственны слѣдующіе иски между частными лицами: 1) иски по личнымъ обязательствамъ и договорамъ на сумму отъ 300 до 500 руб [5]), кромѣ исковъ по имущественному и личному сельскохозяйственному найму [6]). Хотя по уставу мировымъ судьямъ подвѣдомственны иски *„по личнымъ обязательствамъ и договорамъ"*, а земскимъ начальникамъ и городскимъ судьямъ— иски *„по личнымъ договорамъ и обязательствамъ"*, но надо думать, что законъ отождествляетъ оба эти положенія, при каковомъ предположеніи только можно придти къ указанному выводу; ниже мы укажемъ на всю несообразность этого отождествленія. 2) Иски о движимости на сумму отъ 300 до 500 руб. [7]). 3) Иски о вознагражденіи за ущербъ и убытки (кромѣ исковъ о потравахъ [8]) на сумму отъ 300 до 500 руб., или когда количество ущерба или убытка во время предъявленія иска не можетъ быть положительно извѣстно [9]). Когда при разсмотрѣніи дѣла окажется, что убытокъ менѣе 300 руб., то уѣзд-

---

1) Прав. объ устр. судебной части ст. 30.
2) Ibid стр. 26.
3) Ibid, стр. 29.
4) Прав. о произв. суд. д. ст. 161,
5) Ст. 29 п. 1 уст. гражд. суд.; прав. произв. ст. 20 п. 4.
6) Прав. произв. ст. 20 п. 1.
7) Ibid. l. c.
8) Ibid. стр. 20 п. 3.
9) Ст. 29 п. 2; прав. произв. ст. 20 п. 4, 21 п. 6.

ный членъ постановляетъ рѣшеніе, если же болѣе 500 руб., то прекращаетъ производство по неподсудности. Отнесеніе этихъ исковъ къ вѣдомству уѣздныхъ членовъ лишено всякаго основанія; эти неопредѣленные иски должны бы быть отнесены, и всегда относятся, къ вѣдомству ближайшихъ судовъ, по тому соображенію, что не цѣлесообразно предлагать истцу обратиться къ дальному суду, не зная положительно, будетъ ли по этому иску постановлено рѣшеніе; при такомъ рискѣ имѣетъ смыслъ обращеніе къ ближайшему суду, а никакъ не къ болѣе отдаленному. 4) Иски о правѣ участія частнаго, когда со времени нарушенія прошло не болѣе года [1]). 5) Иски о возстановленіи нарушенныхъ земельныхъ границъ (по правиламъ о судебно-межевомъ разбирательствѣ), когда со времени нарушенія прошло не болѣе шести мѣсяцевъ [2]). Такъ какъ объ этихъ искахъ не упомянуто въ законѣ 29 декабря и рѣчь о нихъ идетъ въ приложеніи къ статьѣ 1400 уст. гражд. суд. со ссылкою на 4 п. 29 ст. устава, то ихъ можно отнести къ искамъ, не подвѣдомственнымъ земскимъ начальникамъ и городскимъ судьямъ, но входившимъ въ вѣдомство мировыхъ судей и, слѣдовательно, перешедшимъ въ вѣдомство уѣздныхъ членовъ. Обязанность мировыхъ судей принимать къ разсмотрѣнію споры сельскихъ обывателей, по взаимному ихъ соглашеніи, перешла къ земскимъ начальникамъ и городскимъ судьямъ (прав. произв. ст. 21 п. 3); она не можетъ быть возложена и на уѣздныхъ членовъ, въ силу ст. 20 п. 1 прав. устр. суд. части.

Кромѣ этихъ исковъ, подвѣдомственныхъ, при указанныхъ условіяхъ, уѣзднымъ членамъ, въ кругъ ихъ вѣдомства входятъ и иски, подвѣдомственные по общему правилу земскимъ начальникамъ и городскимъ судьямъ, въ слѣдующихъ двухъ случаяхъ: 1) когда мѣсто жительства или пребыванія отвѣтчика неизвѣстны и 2) когда онъ проживаетъ за границей [3]). Рѣшительно непонятно, въ силу какихъ соображеній установлены эти изъятія изъ компетенціи земскихъ начальниковъ и городскихъ судей. Почему нельзя было, какъ по уставу, предоставить истцу, при неизвѣстности пребыванія отвѣтчика или отсутствіи его за границею, предъявлять ихъ земскому начальнику или городскому судьѣ по мѣсту нахожденія недвижимаго имѣнія, или по мѣсту послѣдняго жительства отвѣтчика, или по мѣсту совершенія или исполненія обязательства? Какъ бы ни были вѣски эти неизвѣстныя намъ соображенія, они должны меркнуть передъ тѣми неудобствами, которыя вызовутъ эти изъятія. Возможность предъявленія исковъ, при неизвѣстности мѣста жительства или отсутствіи отвѣтчика, ближайшему мѣстному суду по тому или другому изъ спеціальныхъ основаній подсудности, имѣетъ большое практическое значеніе: соотвѣтствующее правило 210 ст. уст. гражд. суд. всегда примѣнялось мировыми судьями (см. рѣш. кассац. департ. 1874 г. № 593, 1875 г. № 851, 1876 г. № 201, 1870 г. № 237 и др.). По закону же 29 декабря истецъ, имѣя исковое право къ отвѣтчику, мѣсто жительства котораго ему неизвѣстно, или который находится за границею, долженъ обратиться къ уѣздному члену т.-е. ѣхать въ уѣздный городъ, иногда за сотню верстъ,—что во многихъ случаяхъ окажется равносильнымъ отказу въ правосудіи.

Кромѣ спорной юрисдикціи, уѣздному члену ввѣрена и юрисдикція безспорная, охранительная [4]), а именно, охраненіе наслѣдствъ. Изъ охранительныхъ мѣръ, безотносительно къ цѣнѣ и роду имущества, уѣзднымъ членомъ производится вызовъ наслѣдниковъ [5]); утвержденіе-же въ правахъ

---

[1]) Ст. 29 п. 5; прав. пр. ст. 21 п. 1.

[2]) Прилож. къ ст. 1400 уст. гражд. суд.; прав. устр. ст. 29.

[3]) Прав. произв. ст. 21 п. 5.

[4]) Прав, устр. ст. 29 п. 2.

[5]) Прав. устр. ст. 24; прав. произв. ст. 161; 1 ч. X т. ст. 1225 п. 1 и 1401—1402.

наслѣдства [1]) и раздѣлъ наслѣдства [2]), — когда имущество есть движимое и стоимостью не превышаетъ 500 рублей. Что касается дѣлъ о раздѣлѣ, то къ вѣдѣнію его должны быть отнесены и иски о передѣлѣ [3]) на сумму до 500 рублей, хотя эти иски, какъ иски о движимомъ имуществѣ на сумму до 300 рублей и слѣдовало бы отнести къ вѣдомству земскихъ начальниковъ, но это привело бы къ совершенно безсмысленному положенію: послѣ раздѣла, произведеннаго уѣзднымъ членомъ въ порядкѣ охранительнаго судопроизводства, послѣдовалъ бы передѣлъ со стороны земскаго начальника въ порядкѣ спорномъ. Смыслъ законовъ о передѣлѣ таковъ, что судъ, производящій раздѣлъ, производитъ и передѣлъ. Взглядъ этотъ потверждается и тѣмъ, что правило устава о подсудности исковъ о передѣлѣ (ст. 216) не внесено въ законъ 29 декабря. Наконецъ, изъ компетенціи уѣзднаго члена изъемлются дѣла объ охраненіи и раздѣлѣ крестьянскаго недвижимаго имущества, находящагося въ чертѣ надѣла, и дѣла объ охраненіи крестьянскаго имущества, не входящаго въ составъ надѣла, когда стоимость его превышаетъ 500 руб. [4]).

Слѣдующей инстанціей надъ уѣзднымъ членомъ окружнаго суда является соотвѣтствующій окружный судъ, исполняющій обязанности мироваго съѣзда [5]), въ качествѣ апелляціоннаго суда [6]). Примѣняются окружнымъ судомъ правила устава гражданскаго судопроизводства [7]). Кассаціоннымъ судомъ является уѣздный съѣздъ и гражданскій кассаціонный департаментъ правительствующаго сената [8]).

Рѣшенія уѣзднаго члена приводится въ исполненіе судебными приставами окружнаго суда. Если они имѣютъ жительство внѣ того города, гдѣ находится судъ, то состоятъ подъ непосредственнымъ его надзоромъ [9]). Независимо отъ того, ему представляются исполнительные листы, выданные земскими начальниками и городскими судьями въ тѣхъ случаяхъ, когда рѣшеніе должно быть приведено въ исполненіе въ городѣ—для порученія исполненія судебному приставу или полиціи [10]).

Перехожу къ *судопроизводству у земскихъ начальниковъ и городскихъ судей*. Правила объ этомъ судопроизводствѣ занимаютъ болѣе половины общаго числа статей закона 29 декабря (изъ 255—152) и являются, въ большинствѣ случаевъ, дословнымъ повтореніемъ статей устава гражданскаго судопроизводства, причемъ въ одну статью соединены по нѣскольку статей (иногда 4—5) устава. Дословное повтореніе статей устава еще можно себѣ объяснить желаніемъ ясно показать какія статьи устава, преподанныя мировымъ судьямъ и окружнымъ судамъ, должны примѣняться къ процессу у земскихъ начальниковъ и городскихъ судей, но рѣшительно необъяснимо, почему потребовалось соединить множество статей въ одну; соединеніе это только затрудняетъ пониманіе. Но несмотря на буквальное въ большинствѣ случаевъ воспроизведеніе статей устава, въ законъ 29 декабря внесено и кое-что новаго; но въ общемъ (именно благодаря этому) получился совершенно новый судопроизводственный актъ по той причинѣ, что въ немъ сдѣлана выборка изъ двухъ судопроизводственныхъ актовъ: изъ первой и второй книгъ устава—изъ правилъ

---

1) Ст. 1408 уст. гражд. суд.
2) Ст. 1409 уст. гражд. суд.
3) Ст. 216, 1420 уст. гражд. суд.
4) Врем. прав. ст. 15.
5) Прав. устр. ст. 30.
6) Ст. 156, 162. 185 уст. гражд. суд.
7) Прав. устр. ст. 30.
8) Ст. 189 уст. гражд. суд.
9) Прав. устр. ст. 38.
10) Ibid. ст. 108.

для мировыхъ судовъ и изъ правилъ для судовъ окружныхъ. Въ уставѣ имѣется статья 80, дающая мировымъ судьямъ право, въ случаѣ „затрудненія", примѣнять „подобныя" правила, установленныя для общихъ судебныхъ мѣстъ; практика, руководимая сенатомъ, выработала довольно прочную и устойчивую доктрину, указывающую, въ какой мѣрѣ общія правила примѣнимы къ мировой юстиціи. Составители закона 29 декабря не довольствовались воспроизведеніемъ и измѣненіемъ правилъ первой книги устава, а внесли въ законъ не мало правилъ изъ второй книги, руководясь не выработанною практикой доктриною, а совершенно случайными, подчасъ непонятными соображеніями. Въ общемъ это „сліяніе" выполнено далеко неудовлетворительно. Что касается новаго, внесеннаго въ законъ 29 декабря, то и оно, съ научной и практической стороны, оставляетъ желать многаго.

Естественно возникаетъ вопросъ: въ какое отношеніе поставленъ законъ 29 декабря къ уставу гражданскаго судопроизводства? Въ первой же статьѣ новаго закона сказано, что земскіе начальники и городскіе судьи рѣшаютъ дѣла на основаніи правилъ новаго закона, съ соблюденіемъ общихъ положеній, содержащихся въ ст. 1 — 28 устава. Изъ этого уже видно, что, кромѣ первыхъ 28 статей, уставомъ гражданскаго судопроизводства земскіе начальники и городскіе судьи руководиться не могутъ; хотя большинство статей новаго закона и позаимствовано изъ устава, но благодаря этому, уставъ есть источникъ того закона, который обязателенъ для названныхъ должностныхъ лицъ, а не совокупность обязательныхъ для нихъ нормъ. Это еще болѣе подтверждается тѣми отступленіями, которыя сдѣланы составителями новаго закона отъ принятаго ими плана,—отступленіями, рѣшительно противорѣчащими первой статьѣ новаго закона, а именно, ссылками въ текстѣ закона на рядъ статей устава, обязательныхъ для земскихъ начальниковъ и городскихъ судей (см. ст. 17, 40, 72, 83, 106, 138, 140). Этимъ еще яснѣе указывается, что уставъ, внѣ этихъ ссылокъ, для названныхъ должностныхъ лицъ необязателенъ. Такова, несомнѣнно, была мысль законодателя. Осуществима ли и осуществится ли она? Сомнѣваемся. Если земскіе начальники и городскіе судьи, на законномъ же основаніи, будутъ рядомъ съ новымъ закономъ примѣнять и уставъ, то можно сказать почти вся работа составителей закона 29 декабря пропала даромъ. Невольно напрашивается вопросъ: зачѣмъ было дѣлать выборку изъ двухъ книгъ устава, когда статьи, и не попавшія въ законъ, будутъ примѣняться? Не подлежитъ сомнѣнію, что на практикѣ, при примѣненіи такого краткаго и неполнаго кодекса, какъ правила 29 декабря, обнаружатся пробѣлы, которые придется восполнять. Восполнять же ихъ представится полная возможность въ виду обязательности для земскихъ начальниковъ и городскихъ судей 9 ст. уст. гражд. суд., статьи, дающей имъ право, въ случаѣ „недостатка", обращаться къ общему смыслу „законовъ", законовъ, содержащихся въ разныхъ томахъ свода и уставахъ и, между прочимъ, въ уставѣ гражданскаго судопроизводства. Въ результатѣ получится, что земскіе начальники будутъ примѣнять уставъ въ весьма широкихъ размѣрахъ. Независимо отъ восполненія пробѣловъ, многія правила устава будутъ примѣняться какъ правила или, во-первыхъ, вытекающія изъ существа даннаго института, принятаго новымъ закономъ, или, во-вторыхъ, какъ основанныя на другихъ постановленіяхъ нашего законодательства, имѣвшихся въ виду при составленіи устава, или же, наконецъ, въ-третьихъ, какъ прямо выводимыя изъ положеній, внесенныхъ въ законъ 29 декабря изъ устава.

Остановимся сначала на *судопроизводствѣ у земскихъ начальниковъ*.

1. *Вѣдомство земскихъ начальниковъ*. Вѣдомство земскихъ начальниковъ ограничивается двоякаго рода предѣлами: территоріальными и личными, т.-е. предѣлами земскаго участка [1]) и кругомъ лицъ, не подчиненныхъ вѣдомству

[1]) Полож. о земск. нач. ст. 5.

волостнаго суда [1]). Послѣднее положеніе надо понимать въ томъ смыслѣ, что если искъ самъ по себѣ входитъ въ вѣдомство земскаго начальника, но стороны имѣютъ постоянное жительство въ селеніяхъ и принадлежатъ къ сословію крестьянъ, мѣщанъ, посадскихъ, ремесленниковъ и цеховыхъ [2]), то дѣло выходитъ изъ вѣдомства земскаго начальника, развѣ бы, какъ показано будетъ позже, между сторонами состоялось соглашеніе въ обратномъ смыслѣ [3]).

Земскимъ начальникамъ подвѣдомственны слѣдующіе иски: 1) иски по личнымъ договорамъ и обязательствамъ на сумму не свыше 300 руб. [4]). Слова: „иски по личнымъ договорамъ и обязательствамъ“ взяты изъ 1 п. 29 ст. съ нѣкоторою лишь перестановкою; тамъ сказано: „иски по личнымъ обязательствамъ и договорамъ“. Отождествленіе этихъ „исковъ“ невозможно. Иски „по личнымъ обязательствамъ и договорамъ“ включаютъ въ себѣ иски двухъ родовъ: иски по личнымъ обязательствамъ, т.-е. по обязательствамъ, вытекающимъ изъ закона и изъ договоро-подобныхъ отношеній, и „иски по договорамъ“, т.-е. по обязательствамъ, вытекающимъ изъ договоровъ (см. мой Учебникъ гражд. суд., изд. 2, стр. 53—54). Это, конечно, не „иски по личнымъ договорамъ и обязательствамъ“, подъ которыми только и можно разумѣть „иски по личнымъ договорамъ“ и „иски по личнымъ обязательствамъ“, понимая подъ первыми только иски по личному найму и по довѣренности (разд. 4 ч. 1 т. X), а подъ вторыми — иски по обязательствамъ, вытекающимъ изъ закона и изъ договоро-подобныхъ отношеній. Благодаря перестановкѣ словъ, совершенно измѣняется смыслъ п. 4 ст. 29 и изъ вѣдомства земскихъ начальниковъ изъемлятся иски по обязательствамъ, вытекающимъ изъ договоровъ имущественныхъ. Не допускаю, чтобы составители закона 29 декабря намѣренно ограничили компетенцію земскихъ начальниковъ; они просто не придали особеннаго значенія слову „личныя“ и переставили его. Это видно изъ того, во-первыхъ, что послѣ перечисленія въ трехъ пунктахъ 20 статьи исковъ, подвѣдомственныхъ земскимъ начальникамъ, слѣдуетъ четвертый пунктъ, начинающійся такъ: *„всѣ прочіе* иски по личнымъ договорамъ и обязательствамъ“... и т. д., а между исками, перечисленными въ предшествующихъ трехъ пунктахъ, имѣются и иски по имущественнымъ договорамъ, что даетъ основаніе думать, что во „всѣ прочіе иски“ входятъ и иски по имущественнымъ договорамъ; во-вторыхъ, въ отмѣненной закономъ 29 декабря 48 ст. положенія о земскихъ начальникахъ въ 4 пунктѣ, послѣ буквально тѣхъ же трехъ пунктовъ, говорится: „всѣ прочіе иски на сумму не свыше“ и т. д. безъ указанія на личныя обязательства и договоры. Чего же ради сдѣлана перестановка словъ 4 п. 29 ст. уст. гражд. суд. и новая вставка въ 4 п. 48 ст. положенія, въ результатѣ чего и получился п. 4 ст. 20 прав. произв.? Это рѣшительно невозможно себѣ объяснить. Практикѣ остается одинъ выходъ: совершенно игнорировать выраженіе „личныя“ и понимать п. 4 ст. 20 прав. произв. въ смыслѣ 4 п. 48 ст. полож. о земскихъ начальникахъ, т.-е. что земскимъ начальникамъ подсудны вообще иски по обязательствамъ и договорамъ цѣною не свыше 300 руб. Только иски по найму земельныхъ угодій и находящихся при нихъ оброчныхъ и доходныхъ статей и по личному найму на сельскія работы, въ сельскохозяйственныя должности и въ услуженіе, входятъ въ вѣдомство земскаго начальника, когда сумма ихъ не превышаетъ 500 руб. [5]).

---

[1]) Врем. прав. ст. 14.
[2]) Б. д. м. Г. С. 12 іюля 1889 г. VIII.
[3]) Прав. произв. ст. 21 п. 3.
[4]) Прав. произв. ст. 20 п. 4.
[5]) Ibid. стр. 20 п. 1.

2. Иски о движимости, т.-е. вещные иски о движимомъ имуществѣ на сумму не свыше 300 руб. [1]).

3. Иски о вознагражденіи за ущербъ и убытки не свыше 300 руб., когда количество ихъ можетъ быть положительно опредѣлено во время предъявленія иска [2]); но если ущербъ причиненъ потравою или другимъ поврежденіемъ полей, луговъ и другихъ угодій, то искъ подвѣдомственъ земскому начальнику на сумму не свыше 500 руб. [3]).

4. Иски о возстановленіи нарушеннаго владѣнія, когда со времени нарушенія прошло не болѣе шести мѣсяцевъ [4]).

5. Иски о личныхъ обидахъ и оскорбленіяхъ [5]).

6. Иски, хотя и подвѣдомственные волостнымъ судамъ, но на предоставленіе коихъ разбирательству земскаго начальника послѣдовало взаимное между тяжущимися соглашеніе [6]).

Изъ этихъ вообще подвѣдомственныхъ земскимъ начальникамъ исковъ исключаются изъ ихъ вѣдѣнія, во-первыхъ, всѣ иски, по которымъ мѣсто жительства или пребыванія отвѣтчика истцу неизвѣстно или отвѣтчикъ находится за границею [7]); во-вторыхъ иски, по которымъ нѣкоторые изъ отвѣтчиковъ подсудны мировому или городскому судьѣ [8]); въ-третьихъ, иски по договорамъ и обязательствамъ (п. 1 и 4), когда они сопряжены съ интересомъ казенныхъ управленій [9]). Первое изъ этихъ ограниченій уже разсмотрѣно нами выше, что же касается втораго, то, конечно, въ установленіи правилъ, разрѣшающихъ коллизію подвѣдомственностей при стеченіи исковъ—представлялась несомнѣнная надобность. Коллизія подвѣдомственности дѣла земскимъ начальникамъ и мировымъ или городскимъ судьямъ при стеченіи исковъ, разрѣшается въ пользу послѣднихъ, чего, конечно, нельзя не одобрить. Третье ограниченіе рознится отъ соотвѣтствующаго постановленія устава гражданскаго судопроизводства тѣмъ, что мировымъ судьямъ подвѣдомственны изъ дѣлъ казенныхъ управленій иски о возстановленія владѣнія и о вознагражденіи за потравы и поврежденія въ казенныхъ дачахъ вѣдомства мин. госуд. имущ. [10]), между тѣмъ какъ земскимъ начальникамъ неподвѣдомственны лишь иски по договорамъ и обязательствамъ казны; иски же о потравахъ подвѣдомственны имъ: 1) совершенно безотносительно къ роду казеннаго имущества, т.-е. въ какомъ бы вѣдомствѣ оно ни состояло и 2) также въ тѣхъ случаяхъ, когда убытокъ причиненъ частному лицу казеннымъ управленіемъ, напр., потрава причинена скотомъ, принадлежащимъ казнѣ [11]). Затѣмъ, по изложеннымъ выше соображеніямъ, изъ вѣдѣнія земскихъ начальниковъ должны быть изъяты иски о передѣлѣ наслѣдственныхъ имуществъ. Наконецъ, кромѣ исковъ, не подходящихъ подъ указанныя шесть категорій, напр., исковъ о правѣ собственности или о правѣ на владѣніе недвижимымъ имуществомъ, исковъ о правѣ участія частнаго [12]) и т. д., изъ вѣдѣнія земскихъ начальниковъ изъяты споры о привилегіяхъ на изобрѣтенія и открытія [13]).

[1]) Ibid, стр. 20 п. 4.
[2]) Ibid, п. 4 стр. 20 п. 6. ст. 21.
[3]) Ibid, п. 3 ст. 20.
[4]) Ibid, п. 2 ст. 20.
[5]) Ibid, п. 5 ст. 20.
[6]) Ibid, п. 3 ст. 21.
[7]) Ibid, ст. 21 п. 5.
[8]) Ibid, ст. 22.
[9]) Ibid, ст. 21 п. 2.
[10]) Ст. 31 п. 2.
[11]) Прав. произв. ст. 20 п. 3, ст. 21 п. 2.
[12]) Ibid, ст. 21 п. 1.
[13]) Ibid. ст. 21 п. 4.

2. *Подсудность исковъ земскимъ начальникамъ.* Общимъ основаніемъ подсудности принято мѣсто жительства или пребыванія отвѣтчика, но правила второй книги устава о понятіи постояннаго мѣстожительства, о мѣстѣ временнаго пребыванія и кратковременной остановки и о переводѣ дѣлъ изъ суда мѣста пребыванія въ судъ мѣста жительства, — не вошли въ законъ 29 декабря. Что ст. 204 уст. гражд. суд., опредѣляющая понятіе мѣста жительства, должна быть примѣняема и земскими начальниками — очевидно; въ законѣ 29 декабря понятіе это не опредѣляется и приходится обратиться къ другимъ частямъ законодательства; одно опредѣленіе имѣется въ 1 и 2 ст. уст. пасп., другое — въ 204 ст. уст. гражд. суд.; выборъ не можетъ не пасть на послѣднюю, какъ помѣщенную въ судопроизводственномъ законѣ, да къ тому же послужившимъ источникомъ закона 29 декабря. Затѣмъ, правило, по которому истецъ можетъ изъ нѣсколькихъ мѣстъ жительства отвѣтчика выбрать одно, какъ основаніе подсудности (ст. 205 уст. гражд. суд.) принадлежитъ къ категоріи правилъ выводныхъ — если искъ предъявляется суду мѣста жительства, и понятіе мѣста жительства таково, что возможно имѣть нѣсколько мѣстъ жительства, то разумѣется искъ можетъ быть предъявленъ по любому изъ этихъ мѣстъ. Что правило и 206 ст. должно быть примѣнено — явствуетъ изъ того, что по ст. 22 прав. произв. искъ можетъ быть предъявленъ и по мѣсту временнаго пребыванія; въ правилѣ этомъ повторяется лишь ст. 22, причемъ дѣлается противоположеніе мѣсту временнаго пребыванія мѣста кратковременной остановки по случаю проѣзда — мѣста, по которому искъ предъявленъ быть не можетъ. Это противоположеніе имѣетъ значеніе и въ процессѣ у земскаго начальника: если изъ мѣстъ нахожденія лица законъ 29 декабря признаетъ лишь два — мѣсто жительства и мѣсто пребыванія, то уже мѣсто нахожденія иного рода, между прочимъ и мѣсто остановки, основаніемъ подсудности быть не можетъ. Такъ что и это правило устава должны примѣняться. Сомнѣніе возбуждаетъ правило устава о переводѣ дѣла (ст. 207 и 208): можетъ ли отвѣтчикъ просить о переводѣ дѣла изъ суда мѣста временнаго пребыванія въ судъ постояннаго мѣста жительства? На этотъ вопросъ надо дать отрицательный отвѣтъ. Переводъ дѣла изъ одного суда въ другой есть отдѣльный процессуальный институтъ, вводить который сама практика при молчаніи закона не можетъ. Затѣмъ, вошло въ законъ 29 декабря правило устава, по которому искъ къ отвѣтчикамъ, живущимъ въ разныхъ участкахъ, предъявляется въ одномъ изъ этихъ участковъ по выбору истца [1]).

Наконецъ, оттуда же взяты правила о подсудности исковъ противъ лицъ недѣеспособныхъ — иски противъ несовершеннолѣтняго предъявляются по мѣсту жительства опекуна [2]), противъ лицъ юридическихъ — по мѣсту нахожденія ихъ органовъ [3]), причемъ сдѣлано дополненіе изъ второй книги устава, по которому споры товарищей или соучастниковъ между собою о неисполненіи договора или о взаимныхъ разсчетахъ по его исполненію, а также иски участниковъ и постороннихъ лицъ къ товариществу уже прекратившемуся предъявляются по настоящему или прежнему мѣсту нахожденія правленія [4]).

Что касается *спеціальныхъ основаній подсудности*, то законъ 29 декабря принялъ правило устава (ст. 34) о подсудности исковъ *по мѣсту нахожденія недвижимаго имущества* [5]), дополнивъ ихъ постановленіями второй книги

---

[1]) Ibid, ст. 22.

[2]) Ibid, ст. 1, уст. гражд. суд. ст. 19.

[3]) Ibid, ст. 28.

[4]) Ibid, ст. 29.

[5]) Ibid, ст. 23.

о томъ, что иски по закладнымъ на недвижимое имущество предъявляются по мѣсту нахожденія заложеннаго имущества [1]). Постановленіе это, признанное сенатомъ не подлежащимъ распространенію на мировую юстицію (рѣш. 1870 г. № 1556), примѣнено къ процессу у земскихъ начальниковъ по тому совершенно основательному соображенію, что личный искъ по договору займа остается личнымъ искомъ, хотя бы и былъ обезпеченъ залогомъ недвижимости и остается подсуднымъ земскому начальнику, лишь бы сумма его не превышала установленной закономъ нормы.

Изъ второй книги устава внесены и правила о подсудности *по мѣсту исполненія договора* [2]) и *по мѣсту открытія наслѣдства* [3]). Относительно послѣдняго правила надо замѣтить, что въ немъ говорится „объ искахъ о раздѣлѣ наслѣдства", что вызвало большія разногласія въ литературѣ. Мы понимаемъ подъ этими исками — иски, вытекающіе изъ раздѣльнаго акта [4]). *Мѣсто правонарушенія* является основаніемъ подсудности: 1) для исковъ о вознагражденіи за вредъ и убытки, причиненные уголовнымъ правонарушеніемъ, въ тѣхъ случаяхъ, конечно, когда истецъ желаетъ совокупнаго и одновременнаго разсмотрѣнія его иска съ искомъ уголовнымъ [5]); 2) для исковъ о вознагражденіи за ущербъ и убытки, причиненные казеннымъ управленіемъ [6]) и 3) для исковъ о вознагражденіи за ущербъ и убытки, причиненные желѣзною дорогою (по мѣсту крушенія и т. д.) [7]). Что касается исковъ о нарушеніи авторскаго права, то они подсудны земскимъ начальникамъ, ибо: 1) они суть иски или о вознагражденіи за убытки, или о движимости (объ уничтоженіи экземпляровъ), и 2) изъ исковъ о правѣ отвлеченной собственности только иски о привилегіяхъ на открытія и изобрѣтенія изъяты изъ вѣдомства земскихъ начальниковъ; если законъ изъ вѣдѣнія земскихъ начальниковъ изъемлетъ лишь одинъ видъ исковъ объ отвлеченной собственности, умолчавъ о другомъ, то тѣмъ самымъ онъ даетъ основаніе заключать, что иски этого рода подвѣдомственны земскимъ начальникамъ. Но спрашивается, по какому основанію они подсудны земскимъ начальникамъ? Закономъ 29-го декабря спеціальнаго основанія (подобно 217 ст. уст. гражд. суд. по мѣсту правонарушенія) — не дается; остается примѣнить общее основаніе. *Мѣсто разсмотрѣнія другаго иска* является основаніемъ подсудности по общему правилу въ тѣхъ случаяхъ, когда отвѣтчикъ заявитъ, что у другаго земскаго начальника находится на разсмотрѣніи искъ, имѣющій съ предъявленнымъ искомъ тѣсную связь [8]). Независимо отъ этого, законъ 29 декабря указываетъ на нѣсколько спеціальныхъ случаевъ этой подсудности; такъ, встрѣчный искъ предъявляется по мѣсту разсмотрѣнія первоначальнаго [9]), иски къ несостоятельному—по мѣсту производства дѣла о несостоятельности [10]) и т. д. *Мѣсто, установленное соглашеніемъ сторонъ* не упомянуто закономъ 29-го декабря въ числѣ основаній подсудности, изъ чего, однако, нельзя дѣлать того вывода, что земскій начальникъ можетъ безусловно во всѣхъ случаяхъ

---

[1]) Ibid, ст. 25.
[2]) Ibid, ст. 24.
[3]) Ibid, ст. 26.
[4]) См. мой Учебникъ гр. суд. Изд. 2, стр. 73.
[5]) Прав. произв. ст. 170.
[6]) Ibid, ст. 20 п. 3, 21 п. 2, 140: уст. гражд. суд. ст. 1288.
[7]) Уст. желѣз. дор. ст. 127.
[8]) Прав. произв. ст. 45 п. 2.
[9]) Ibid, ст. 30.
[10]) Ibid, ст. 27.

уклониться отъ разсмотрѣнія иска, неподсуднаго ему ни по одному изъ оснований, указанныхъ въ законѣ. Соотвѣтствующія, не вошедшія въ новый законъ ст. 37 и 228 уст. гражд. суд. должны имѣть примѣненіе и къ процессу у земскихъ начальниковъ по слѣдующимъ соображеніямъ. Истецъ предъявляетъ искъ не тому земскому начальнику, которому слѣдуетъ по закону; отвѣтчикъ, на основаніи ст. 46 можетъ предъявить отводъ, но можетъ и не дѣлать этого; земскій начальникъ не можетъ самъ прекратить производство, ибо это, на основаніи ст. 50, предоставляется ему дѣлать лишь при нарушеніи правилъ о подвѣдомственности, т.-е. ст. 20 и 21, а не при нарушеніи правилъ подсудности, т.-е. ст. 22—29. Не можетъ онъ уклониться отъ разбирательства и въ томъ случаѣ, когда тяжущіеся заранѣе условились обратиться къ нему. Въ виду этого, указанное въ ст. 37 и 228 уст. гражд. суд., основаніе подсудности по мѣсту, избранному—молчаливо или явно,—сторонами, не смотря на молчаніе закона, должно быть примѣнено и къ процессу у земскихъ начальниковъ. Я иду еще далѣе. Благодаря этому молчанію, съ одной стороны, и неудовлетворительной редакціи ст. 50 — съ другой, институтъ добровольной подсудности не только не изгнанъ, а напротивъ принятъ новымъ закономъ въ гораздо болѣе широкомъ объемѣ, чѣмъ уставомъ гражданскаго судопроизводства. По ст. 37 уст. гражд. суд. стороны могутъ избирать любаго мироваго судью для разсмотрѣнія исковъ, подсудныхъ мировымъ судьямъ лишь по общему основанію, т.-е. по мѣсту жительства или пребыванія отвѣтчика (хотя, въ виду ст. 80 и 584, статьѣ придавался болѣе широкій смыслъ, кассац. рѣш. 1867 г. № 27); по закону же 29 декабря земскіе начальники не могутъ прекратить у себя производство по иску, подсудному другому земскому начальнику, напр., по мѣсту исполненія договора, мѣсту правонарушенія и т. п., если онъ ему предъявленъ въ противность этимъ основаніямъ. По ст. 228 уст. гражд. суд. добровольная подсудность признана еще шире, чѣмъ по ст. 37: всякій искъ, подсудный другому суду по какому либо основанію, кромѣ мѣста нахожденія недвижимаго имущества, можетъ быть предъявленъ въ любой окружный судъ по выбору сторонъ. Закономъ же 29 декабря ограниченія относительно дѣлъ о недвижимомъ имуществѣ не установлено: земскій начальникъ не можетъ ex officio прекратить производство по неподсудному ему дѣлу о недвижимомъ имуществѣ, ибо основаніе подсудности этихъ дѣлъ указано въ ст. 23 и 25, а ему дано право прекратить производство лишь при нарушеніи правилъ 20 и 21 ст. Слѣдовательно, если ему предъявленъ напр., искъ о возстановленіи нарушеннаго владѣнія въ имѣніи, находящемся за сотню верстъ отъ его участка и отвѣтчикъ не предъявляетъ отвода, то онъ не вправѣ уклониться отъ разбирательства — законъ 29 декабря ему этого права не даетъ. Выходъ изъ такого невозможнаго положенія одинъ — примѣнить, въ силу 1 ст. и ст. 9 уст. гражд. суд., статью 584 уст. гражд. суд.

Пререканія о подсудности разрѣшаются на основаніи правилъ, общихъ гражданскому и уголовному процессу [1]); относительно перваго имѣется лишь то особенное правило, что пререканія возбуждаются только по частной жалобѣ одной изъ сторонъ [2]).

3. *Повѣренные.* Если сравнить законъ, 29 декабря съ постановленіями судебныхъ уставовъ, то окажется, что кругъ лицъ, могущихъ быть повѣренными, по новому закону гораздо шире [3]). По уставу, кромѣ присяжныхъ и частныхъ повѣренныхъ, повѣренными могутъ быть: 1) родители за дѣтей и

---

[1]) Ibid, ст. 10—16.

[2]) Ibid, ст. 16 (буквальное воспроизведеніе ст. 232 уст. гражд. суд.).

[3]) Ibid, ст. 5 и 6.

дѣти за родителей — по закону 29 декабря, вообще родственники другъ за друга, усыновленные за усыновителей, пасынки за вотчимовъ и мачихъ, пріемыши за лицъ, ихъ принявшихъ; 2) управляющіе имѣніями и дѣлами, — по новому же закону, кромѣ ихъ, прикащики, конторщики, старосты и другіе представители хозяйственныхъ интересовъ участвующихъ въ дѣлѣ лицъ; 3) должностныя лица городскаго общественнаго управленія по дѣламъ города, — а по новому закону, кромѣ этихъ лицъ, и члены сельскаго общества по дѣламъ этого общества. Затѣмъ, какъ и по уставу, могутъ быть повѣренными другъ за друга супруги и лица, имѣющія общую тяжбу. Съ другой стороны, кругъ этихъ лицъ новымъ закономъ съуженъ [1]: 1) въ законъ не внесено правило, по которому всякое лицо имѣетъ право быть повѣреннымъ не болѣе трехъ разъ въ теченіи года (ст. 406[18]); 2) члены мѣстныхъ установленій (губернскихъ присутствій и уѣздныхъ съѣздовъ) безусловно не могутъ быть повѣренными, даже по дѣламъ своихъ родителей, дѣтей, женъ и сестеръ; 3) не могутъ быть повѣренными лица, занимающіяся письмоводствомъ у земскаго начальника, и 4) состоящіе подъ гласнымъ надзоромъ полиціи, кромѣ дѣлъ своихъ родителей, женъ, дѣтей, братьевъ и сестеръ. Относительно формы полномочія, даваемаго повѣреннымъ, законъ 29 декабря воспроизвелъ правила устава (ст. 46, 47, 51, 259 уст. гражд. суд. [2]). Сомнѣнія возбуждаетъ вопросъ объ объемѣ полномочія — на какія дѣйствія повѣреннаго требуется спеціальное полномочіе? Въ первой книгѣ устава на это указаній нѣтъ и сенатъ распространилъ, совершенно основательно, ст. 250 на мировую юстицію, съ изъятіемъ, въ ст. 48 содержащимся (кассац. рѣш. 1872 г. № 354, 1876 г. № 39); такъ что въ мировомъ судѣ требуется спеціальное полномочіе для подачи апелляціоныхъ и кассаціонныхъ жалобъ, для предъявленія спора о подлогѣ и отвѣта по такому спору и для передовѣрія; не требуется оно лишь для окончанія дѣла миромъ. Что касается подачи жалобъ, то и по новому закону безъ спеціальнаго полномочія онѣ поданы быть не могутъ; это выводъ изъ того, что когда жалобы эти поданы повѣреннымъ, на то неуполномоченнымъ, то онѣ возвращаются [3]). Въ смыслѣ же устава рѣшенъ и вопросъ о полномочіи на предъявленіе спора о подлогѣ [4]), но на отвѣтъ по этому спору новый законъ спеціальнаго полномочія не требуетъ, что, очевидно, надо признать пробѣломъ въ законѣ. Предъявленіе спора о подлогѣ есть такая исключительная, рѣдкая случайность, что имѣть ее въ виду при выдачѣ общей довѣренности—нельзя; тяжущійся, давая повѣренному полномочіе, не уполномочиваетъ его на совершеніе дѣйствій, которыя касаются, какъ выражались редакторы нашего устава, „производства, стоящаго на рубежѣ гражданскаго судопроизводства съ уголовнымъ“ (уст. изд. госуд. канц. стр. 267); рѣшеніе вопросовъ—брать или не брать обратно актъ, противъ котораго предъявленъ споръ о подлогѣ, т.-е. навлекать или не навлекать, съ одной стороны, на себя возможныя невыгодныя послѣдствія уголовной процедуры, съ другой—на противника—возможность уголовной кары въ формѣ штрафа за облыжное подозрѣніе въ совершеніи подлога, не можетъ быть предоставлено постороннему лицу безъ особаго полномочія, лишь въ силу того одного, что лицо это уполномочено на веденіе дѣла на судѣ. Затѣмъ, вопросъ о передовѣріи долженъ быть рѣшаемъ тоже въ смыслѣ устава — для передовѣрія должно имѣться въ наличности спеціальное полномочіе. Говоря это, я основываюсь на ст. 2329 ч. 1 т. X, выставляющей таковое требованіе;

---

1) Ibid, ст. 8.
2) Ibid. ст. 31, 41.
3) Ibid, ст. 113 п. 2, 133.
4) Ibid, ст. 73.

въ X т. содержатся общія правила о довѣренности, примѣнимыя и къ довѣренности судебной — насколько, конечно, относительно послѣдней не установлены особыя правила. Наконецъ, въ томъ же смыслѣ мы рѣшаемъ вопросъ объ окончаніи дѣла миромъ: что законъ 29 декабря требуетъ на то спеціальное полномочіе, видно изъ того, что мировая сдѣлка, совершенная при разбирательствѣ дѣла у земскаго начальника, должна быть подписана или самими тяжущимися, или „тѣмъ, кому они *сіе* довѣрятъ“ [1]). Хотя здѣсь рѣчь идетъ только о полномочіи на подписаніе, но безъ подписи дѣло не можетъ быть окончено миромъ; иначе говоря: оно не можетъ быть окончено миромъ безъ спеціальнаго полномочія, даннаго повѣренному. По этимъ-то соображеніямъ земскіе начальники должны примѣнять, въ сущности, 250 ст. уст. гражд. суд.

Не содержится въ законѣ 29 декабря также правилъ, соотвѣтствующихъ статьямъ 49 и 252 уст. гражд. суд., по которымъ: 1) повѣренный не имѣетъ права переходить въ повѣренные противной стороны, и 2) обязанъ заблаговременно сообщить довѣрителю о своемъ отказѣ отъ ходатайства по дѣлу. Практическій смыслъ этихъ положеній тотъ, что: 1) судъ долженъ устранить повѣреннаго, перешедшаго въ повѣренные противной стороны, и 2) долженъ отсрочить засѣданіе, когда будетъ удостовѣрено, что отсутствующій довѣритель узналъ слишкомъ поздно объ отказѣ повѣреннаго и не имѣлъ возможности ни самъ явиться на судъ, ни прислать другого повѣреннаго. Спрашивается: не обязанъ ли то же самое сдѣлать земскій начальникъ? Отвѣчаемъ на оба вопроса, не обинуясь, утвердительно. Что касается перехода повѣреннаго на сторону противника послѣ отказа отъ веденія дѣла, то это есть дѣйствіе близкое къ преступленію, предусмотрѣнному уложеніемъ. Уложеніе караетъ вступленіе повѣреннаго въ сношеніе съ противникомъ, имѣя въ виду тотъ случай, когда повѣренный, во время вступленія въ эти сношенія, еще состоитъ таковымъ (ст. 1709); хотя уставъ говоритъ о томъ случаѣ, когда повѣренный уже не является таковымъ, но тѣмъ не менѣе можно съ большою вѣроятностью предположить, что сношенія эти, офиціально обнаруженныя уже послѣ отказа, въ дѣйствительности возникли до того, т.-е. во время состоянія лица повѣреннымъ стороны. Такое предположеніе могло бы не оправдаться въ процессѣ съ продолжительною процедурою, когда между отказомъ и переходомъ лежитъ большой промежутокъ времени, но вѣдь процессъ у земскаго начальника не долженъ обладать этимъ свойствомъ. Неужели земскій начальникъ, видя, что съ большою вѣроятностью можно заключить, что совершается преступное дѣяніе, долженъ спокойно къ этому относиться, мало того— даже потворствовать этому?—Въ смыслѣ устава долженъ быть рѣшенъ и вопросъ объ обязанности земскаго начальника отсрочить разбирательство, если обнаружится, что тяжущійся, вслѣдствіе поздняго отказа повѣреннаго, не могъ ни самъ явиться, ни прислать другого повѣреннаго. Просьба тяжущихся въ этомъ случаѣ должна быть уважена въ виду ст. 44 прав. произв.

4. *Предъявленіе иска.* Законъ 29 декабря буквально воспроизводитъ правила первой книги устава по вопросу о формѣ, способѣ подачи и составѣ исковой просьбы [2]) (ст. 51—54 уст. гражд. суд.), дополняя ихъ нѣкоторыми правилами 2-й книги, а именно:

1) Просьба можетъ быть подана: а) или самимъ тяжущимся, или повѣреннымъ, съ обозначеніемъ полномочія на самомъ прошеніи, б) лично или по почтѣ (ст. 259 [3]), причемъ, сдѣлано одно дополненіе: прошеніе можетъ быть прислано или по почтѣ, *или инымъ способомъ*, т.-е. при посредствѣ nuncius'а, по-

---

[1]) Ibid, ст. 71.
[2]) Ibid, ст. 31, 32.
[3]) Ibid, ст. 31.

сланнаго, каковымъ можетъ быть всякое лицо. Это представляетъ большія удобства для истца—уѣзднаго жителя: онъ можетъ пользоваться всякою „оказіею“. Возможность пользоваться посланнымъ не имѣетъ никакого отношенія къ полномочію на подачу просьбы, ибо посланный есть средство передачи, доставки, а повѣренный—представитель, подающій прошеніе; доставка и подача прошенія не одно и то же: какъ и по уставу, посланный можетъ доставить прошеніе подаваемое повѣреннымъ. [1]).

2) Законъ 29 декабря принялъ указанныя въ ст. 266 устава граждан. судопроизводства основанія для возвращенія исковой просьбы, упустивъ лишь одинъ пунктъ 2 этой статьи—отсутствіе полномочія на подачу прошенія. Можно ли признать, что земскій начальникъ обязанъ принять прошеніе и безъ указанія на это полномочіе? Едва-ли, ибо: а) требованіе закона (ст. 31), чтобы на подачу исковой просьбы имѣлось полномочіе, по существу, вовсе не таково, что можетъ быть и не исполнено земскимъ начальникомъ; при отсутствіи полномочія онъ можетъ прошенія и не „разсматривать“; б) законъ не различаетъ „непринятіе къ разсмотрѣнію“ отъ „возвращенія“: „прошеніе не подлежащее разсмотрѣнію... возвращается“ (ст. 31), и в) если законъ предписываетъ возвращать апелляціонныя и кассаціонныя жалобы, поданныя посторонним лицомъ безъ полномочія (ст. 113 п. 2, 133), то не придавать этому упущенію такого же значенія по отношенію къ исковымъ просьбамъ невозможно.

Наконецъ 3) земскій начальникъ обязанъ принять исковую просьбу вездѣ и во всякое время [2]);

Цѣна иска опредѣляется правилами 1-й книги устава (ст. 56 и 273 [3]).

Что касается предъявленія истцомъ письменныхъ доказательствъ, то сравнительно съ правилами устава сдѣлано нѣкоторое измѣненіе: 1) не требуется, чтобы земскій начальникъ выдалъ расписку въ принятіи ихъ, и 2) не назначается въ точности время ихъ предъявленія: они должны быть доставлены до открытія засѣданія и, притомъ, столь заблаговременно, чтобы отвѣтчикъ имѣлъ возможность съ ними ознакомиться [4]). Измѣненія несущественныя.

5. *Вызовъ къ суду.* Вызовъ производится по правиламъ 1 книги устава (ст. 58—66 [5]), сдѣлано лишь нѣсколько совершенно лишнихъ дополненій: 1) земскій начальникъ можетъ не только вызывать посредствомъ повѣстокъ, но и „лично требовать къ разбирательству“ [6]); это вѣроятно надо понимать какъ словесный приказъ; объ этомъ вызовѣ, по общему правилу, долженъ быть составленъ протоколъ, который и подписывается лицами вызываемыми [7]); 2) законъ указываетъ (ст. 276 уст. гражд. суд.) на необходимость составленія повѣстки въ двухъ экземплярахъ [8])—это видно изъ 37 его статьи, гдѣ говорится объ одномъ изъ экземпляровъ повѣстки и изъ статьи 38, гдѣ говорится объ обоихъ; 3) новый законъ принялъ статью 287 устава гражданскаго судопр., по которой повѣстка можетъ быть вручена отвѣтчику и внѣ дома [9]); въ этомъ заимствованіи не предстояло надобности: это разумѣется само собой; если законъ говоритъ, что „повѣстка вручается самому вызываемому лицу“, то этимъ, конечно, не сказано, что она должна быть вручена непремѣнно на

---

1) Ibid, l. c.
2) Полож. о земск. нач. ст. 54.
3) Прав. произв. ст. 33.
4) Ibid, ст. 34.
5) Ibid, ст. 35—39.
6) Ibid, ст. 36.
7) Ibid, ст. 100, 101 ъ. 2.
8) Ibid, l. c.
9) Ibid, ст. 37.

дому; 4) изъ второй книги устава взято одно изъ двухъ помѣщенныхъ тамъ правилъ о доставленіи повѣстокъ, а именно, что по искамъ противъ обществъ, товариществъ и компаній повѣстки доставляются ихъ представителю (ст. 288 уст. гражд. суд.) [1]; второе же правило въ законъ не внесено, но тѣмъ не менѣе оно для земскихъ начальниковъ обязательно: по искамъ къ несостоятельному повѣстка только и можетъ быть доставлена тому, кто завѣдываетъ его дѣлами.

6. *Явка тяжущихся.* Срокъ явки, назначенный земскимъ начальникомъ, можетъ быть удлиненъ; эта отсрочка, возможная лишь съ согласія обѣихъ или *по просьбѣ одной изъ сторонъ* [2], дается не только „въ крайнихъ случаяхъ“ и „послѣ явки и объясненій сторонъ“, какъ это установлено уставомъ. Эти отступленія совершенно непонятны; ограничительныя правила устава оправдываются слѣдующими соображеніями: разрѣшеніемъ суду давать отсрочки лишь въ крайнихъ случаяхъ обезпечивается быстрота производства; безъ этого ограниченія будутъ возможны случаи мирволенія недобросовѣстнымъ отвѣтчикамъ, желающимъ затянуть процессъ; затѣмъ, требованіе предварительной явки и обмѣна объясненій вызывается положительною необходимостью; при одностороннемъ заявленіи, безъ выслушанія противника, судья не можетъ составить себѣ яснаго понятія объ уважительности приведенныхъ стороною причинъ отсрочки; можетъ оказаться уже послѣ отсрочки, что причины эти, въ виду объясненій противника, совершенно неосновательны.

Уклоненіе отвѣтчика отъ явки не влечетъ за собою невыгодъ, связанныхъ съ заочнымъ рѣшеніемъ. Въ законъ 29 декабря внесено правило второй книги устава (ст. 719 уст. гражд. суд.), по которому отвѣтчикъ вмѣсто явки можетъ представить письменный отвѣтъ; но къ правилу устава сдѣланы два добавленія: а) отвѣтчику нѣтъ надобности просить о постановленіи состязательнаго рѣшенія: подача объясненія уже сама по себѣ лишаетъ судъ права постановить заочное рѣшеніе, и б) указывается на право отвѣтчика пріобщить къ объясненію всѣ необходимыя свѣдѣнія и документы [3]. Оба эти добавленія, если бы они и не были сдѣланы, разумѣются сами собой, вытекая изъ смысла ст. 719 уст. гражд. суд., въ примѣненіи ея къ процессу безъ письменнаго обмѣна бумагъ. Единственною цѣлью этого объясненія отвѣтчика и можетъ быть то, чтобы имъ замѣнена была явка; если дано право подать письменный отвѣтъ, то не отнято право пріобщить къ нему документы.

7. *Разбирательство дѣла.* Разбирательство происходитъ публично и на словахъ [4]. Двери засѣданія могутъ быть закрыты не только, какъ и по уставу, по желанію сторонъ, но по усмотрѣнію земскаго начальника. Малолѣтнимъ и учащимся въ учебныхъ заведеніяхъ доступъ въ засѣданіе безусловно закрытъ. Изъ этого послѣдняго правила никакихъ изъятій не установлено, вслѣдствіе чего получается такое противорѣчіе: въ окружныхъ судахъ на уголовныхъ процессахъ, обучающіеся, съ разрѣшенія предсѣдателя, если это содѣйствуетъ успѣху ихъ занятій (а на гражданскихъ—и безъ того), могутъ присутствовать, а на ничтожныхъ и безобидныхъ процессахъ у земскаго начальника, какъ бы это ни содѣйствовало успѣху ихъ занятій—не могутъ.

Разбирательство происходитъ или на мѣстѣ жительства земскаго начальника или въ другихъ селеніяхъ участка, по его усмотрѣнію, но онъ обязанъ заблаговременно объявить, гдѣ именно и въ какіе дни будетъ произведено

---

1) Ibid, ст. 40.

2) Ibid, ст. 44. Одинъ изъ такихъ случаевъ указанъ въ законѣ: истребованіе справки или документа по свидѣтельству земскаго начальника ibid l. c. (ст. 76 уст. гражд. су.).

3) Ibid, ст. 42.

4) Ibid, ст. 2.

разбирательство; обязателенъ разборъ внѣ мѣста его жительства тогда, когда значительное число лицъ, которыхъ ему нужно допросить, живутъ въ одномъ мѣстѣ—въ этомъ мѣстѣ и происходитъ разбирательство дѣла [1]).

Что касается самаго хода разбирательства, то онъ совершается по правилу, взятому изъ ст. 72 уст. гражд. суд. [2]); упущено лишь указаніе на то, что сначала даетъ объясненія истецъ, а потомъ отвѣтчикъ. Этотъ пробѣлъ можетъ быть восполненъ по слѣдующимъ соображеніямъ: 1) если по ст. 51 сначала доказываетъ истецъ, а потомъ *возражающій* ему отвѣтчикъ, то и объясненія давать долженъ сначала онъ, а потомъ отвѣтчикъ, и 2) противно духу устнаго и публичнаго процесса начинать „разбирательство" съ возраженій; отвѣтчикъ можетъ не знать даже основаній иска, доказательствъ и соображеній истца—изъ повѣстки онъ ихъ не видитъ; присутствующей публикѣ они тоже неизвѣстны; въ негласномъ и письменномъ процессѣ это возможно—отвѣтчикъ знаетъ всѣ подробности искового требованія, а публики не имѣется; но и въ этомъ процессѣ необходимо прочтеніе исковой просьбы (какъ было и у насъ до реформы, ст. 771 ч. 2 т. X). Если бы законъ 29 декабря допускалъ возможность начатія состязанія съ объясненій отвѣтчика, то предписалъ бы предварительно прочитывать исковую просьбу.

О правѣ истца приводить новые доводы, обстоятельства и доказательства (ст. 331 уст. гражд. суд.) законъ не упоминаетъ, но это молчаніе должно быть толкуемо въ положительномъ смыслѣ—законъ не полагаетъ никакихъ тому препятствій. Въ такомъ же смыслѣ долженъ быть рѣшенъ вопросъ о правѣ истца измѣнить искъ: истецъ можетъ измѣнить свой искъ; отрицать за нимъ это право можно только при прямомъ запрещеніи закона, запрещенія же этого въ законѣ 29 декабря мы не находимъ. Что измѣненіе иска возможно, видно изъ того, что земскій начальникъ обязанъ упомянуть въ протоколѣ „измѣненіе первоначальныхъ требованій [3]), а слѣдовательно это измѣненіе является юридически возможнымъ, т.-е. заявленіе измѣненія не влечетъ за собою, не игнорированіе его или прекращеніе производства, а разсмотрѣніе новаго требованія; еслибъ судъ долженъ былъ это измѣненіе игнорировать или прекратить производство, то незачѣмъ было бы упоминать о немъ въ протоколѣ. Дурныя послѣдствія права истца измѣнять искъ, т.-е. требовать болѣе, чѣмъ прежде, требовать по другому основанію, другой предметъ—неисчислимы, особенно при низкомъ умственномъ уровнѣ судей. Это можетъ породить такую путаницу, что судьѣ рѣшительно нельзя будетъ разобраться: то истецъ потребуетъ одно, то другое, то вещь, то деньги, то деньги, то вещь и т. п. Это вызоветъ необходимость отсрочекъ, чтобы не лишить отвѣтчика права защиты изъ за внезапныхъ измѣненій иска; а отсрочки затягиваютъ процессъ, затяжка же процесса невыгодна не только для истца, но и для отвѣтчика. Возникаетъ цѣлый рядъ вопросовъ, весьма трудно разрѣшимыхъ, напр. какъ быть съ издержками, произведенными по поводу первоначальнаго требованія: должны они быть возмѣщены отвѣтчикомъ, проигравшимъ дѣло по измѣненному иску? если истецъ увеличитъ требованіе, то надо ли взыскать съ него дополнительныя пошлины, а если, напримѣръ, вмѣсто денегъ требуется вещь стоимостью ниже суммы прежняго требованія, то судебная пошлина въ размѣрѣ разности ему возвращается, или при измѣненіи иска взыскивается полностью судебная пошлина съ новаго требованія? и т. д. Несомнѣнно, что пострадаютъ при такомъ порядкѣ не только частныя лица, но и казна. Выходъ изъ созданнаго новымъ закономъ затрудненія мы пред-

---

[1]) Полож. о земск. нач. ст. 54.

[2]) Прав. произв. ст. 48.

[3]) Ibid, ст. 101 п. 3.

лагаемъ такой: отсутствіе запрещенія измѣнять искъ не даетъ истцу *права требовать*, чтобы измѣненный искъ былъ разсмотрѣнъ, какъ и не даетъ отвѣтчику права требовать устраненія измѣненнаго требованія; съ другой стороны, у земскаго начальника не отнято право не допускать измѣненія иска; если онъ видитъ, что это измѣненіе произведетъ путаницу, то вправѣ отказать истцу въ первоначальномъ требованіи, т.-е. окончить дѣло, предложивъ ему предъявить новый искъ и, при желаніи его, заносить заявленное требованіе въ протоколъ. Конечно, если земскій начальникъ увидитъ, что никакихъ неудобствъ отъ измѣненія иска ожидать нельзя, то онъ его допускаетъ.

Затѣмъ, послѣ объясненій сторонъ, земскій начальникъ склоняетъ тяжущихся къ миру, примѣняя ст. 70 и 71 уст. гражд. суд. [1]). Во время разбирательства дѣла (не позже перваго засѣданія) отвѣтчикъ можетъ предъявить встрѣчный искъ по правиламъ устава (ст. 38, 39) [2]). По ст. 341 уст. гражд. суд. судъ можетъ, по просьбѣ той или другой стороны, отсрочить разбирательство; это же право предоставлено и земскому начальнику по общему правилу ст. 44 прав. произв.

По каждому дѣлу земскій начальникъ составляетъ одинъ общій протоколъ или особые протоколы по отдѣльнымъ судебнымъ дѣйствіямъ [3]). Въ протоколѣ записываются всѣ существенныя обстоятельства, а именно: 1) словесная просьба и словесное заявленіе объ избраніи повѣреннаго, о привлеченіи къ дѣлу или о вступленіи въ дѣло третьяго лица; 2) вызовъ сторонъ, свидѣтелей и свѣдущихъ людей, неявка ихъ и послѣдствія ея; 3) указанныя словесно или представленныя сторонами доказательства, устраненіе и отводъ свидѣтелей и свѣдущихъ людей, приведеніе ихъ къ присягѣ, сущность ихъ показаній, сдѣланное на судѣ сторонами признаніе, измѣненіе первоначальныхъ требованій, осмотры, оцѣнки и заключенія свѣдущихъ людей; 4) заявленіе спора о подлогѣ и состоявшееся по такому заявленію опредѣленіе; 5) просьба и постановленіе объ обезпеченіи иска; 6) примиреніе тяжущихся и условія мировой сдѣлки; 7) состоявшееся по дѣлу рѣшеніе и удостовѣреніе о соблюденіи правилъ объ объявленіи рѣшеній (ст. 93); 8) заявленныя сторонами основанія устраненія земскаго начальника и постановленіе объ этомъ; 9) обращеніе рѣшенія къ исполненію и 10) пріостановленіе или прекращеніе производства дѣла [4]), Протоколъ подписывается земскимъ начальникомъ; участвующія въ дѣлѣ лица, свидѣтели и свѣдущія люди (если они грамотны) подписываютъ касающіяся ихъ части общаго протокола или отдѣльные протоколы [5]).

8. *Доказательства.* Общія правила о доказательствахъ воспроизведены изъ устава гражданскаго судопроизводства (ст. 81, 82, 366—368) [6]).

а) *Показанія свидѣтелей.* Прежде всего, въ законъ 29 декабря внесено то новое, весьма разумное правило, что земскій начальникъ, потребовавъ отъ стороны, ссылающейся на свидѣтеля, объясненія обстоятельствъ, въ подтвержденіе коихъ сдѣлана ссылка, можетъ отказать въ вызовѣ свидѣтеля, если признаетъ, что обстоятельства эти не имѣютъ значенія въ дѣлѣ, несущественны [7]). Что касается обязанности быть свидѣтелемъ, то освобождены отъ нея тѣ же лица, что и по уставу (ст. 83) [8]); относительно же обязанности подтвердить

[1]) Ibid, ст. 47.
[2]) Ibid, ст. 30.
[3]) Ibid, ст. 100.
[4]) Ibid. ст. 101.
[5]) Ibid, ст. 102.
[6]) Ibid, ст. 51, 52.
[7]) Ibid, ст. 53.
[8]) Ibid, ст. 56.

свое показаніе присягою, введено, заимствованное изъ устава уголовнаго судопроизводства, дѣленіе лицъ, дающихъ безприсяжное показаніе на три категоріи: лицъ, недопускаемыхъ къ присягѣ, лицъ, освобождаемыхъ отъ присяги и лицъ, устраненныхъ отъ свидѣтельства подъ присягою по отводамъ сторонъ. Подъ первой категоріей разумѣются лица, освобожденіе коихъ отъ присяги, въ силу закона, ослабляетъ достовѣрность ихъ показанія, куда отнесены: отлученные отъ церкви, малолѣтніе до 14 лѣтъ, слабоумные и лица евангелическаго вѣроисповѣданія не конфирмованныя [1]). Подъ второй категоріей разумѣются лица, освобожденіе коихъ отъ присяги не ослабляетъ достовѣрности ихъ показанія, куда отнесены священники и монашествующіе всѣхъ христіанскихъ исповѣданій и лица, принадлежащія къ вѣроученіямъ и сектамъ, не пріемлющимъ присяги; первые даютъ показаніе по священству и иноческому обѣщанію, вторые даютъ на судѣ обѣщаніе показать всю правду по чистой совѣсти [2]). Подъ третьей категоріей разумѣются лица, освобожденіе коихъ отъ присяги по недовѣрію, внушаемому ими тяжущимся, ослабляетъ достовѣрность ихъ показанія; сюда отнесены: праволишенные, супруги и родственники въ прямой линіи, безъ ограниченія степеней, а въ боковой—первыхъ четырехъ и свойственники первыхъ двухъ степеней той стороны, которая на нихъ ссылается; затѣмъ лица, состоящія съ тяжущимися въ отношеніяхъ по усыновленію, опекѣ и управленію дѣлами, и имѣющія съ ними общую тяжбу, повѣренные, если на нихъ ссылаются ихъ довѣрители, евреи по дѣламъ бывшихъ ихъ единовѣрцевъ, принявшихъ христіанскую вѣру, и раскольники по дѣламъ лицъ, обратившихся изъ раскольниковъ въ православіе [3]). Трудно сказать, по какимъ соображеніямъ составители закона 29 декабря внесли въ гражданскій процессъ у земскихъ начальниковъ градаціи лицъ, дающихъ безприсяжныя показанія, изъ устава уголовнаго судопроизводства и предпочли ихъ правиламъ устава судопроизводства гражданскаго. Какъ видно изъ ст. 189, желательно было установить общія правила для уголовныхъ и для гражданскихъ дѣлъ; если такъ, то правила устава гражданскаго судопроизводства заслуживали бы рѣшительнаго предпочтенія. Тамъ проведенъ тотъ принципъ, что достовѣрность свидѣтельскаго показанія оцѣнивается судомъ независимо отъ внѣшнихъ обстоятельствъ; обстоятельства эти отнюдь не должны быть указаны въ законѣ; цѣль свидѣтельскаго показанія совершенно извращается тѣмъ, что законъ заранѣе указываетъ, какіе свидѣтели достойны полной вѣры, какіе—не полной; законъ этимъ даже самъ впадаетъ въ противорѣчіе; онъ допускаетъ извѣстныхъ лицъ къ свидѣтельству, но объявляетъ, что показанія ихъ недостовѣрны; таковы именно лица, которыя могутъ быть допрашиваемы безъ присяги. Заявленіе тяжущагося объ устраненіи отъ свидѣтельства подъ присягою заставляетъ судъ придать слабую вѣру показанію такого свидѣтеля; точно также свидѣтельство лица, по закону освобожденнаго отъ присяги, не можетъ имѣть въ глазахъ суда полной достовѣрности. Всякое свидѣтельское показаніе должно быть подкрѣплено присягою; освобожденіе отъ присяги не можетъ быть допущено, какъ средство, ослабляющее достовѣрность свидѣтеля, а потому если нѣкоторыя лица и должны быть освобождены отъ присяги, то отнюдь не съ цѣлью ослабленія достовѣрности показанія; такъ, лицами, освобожденными отъ присяги, могутъ быть или лица, достовѣрность показаній коихъ всегда предполагается, каковы—служители алтаря, или лица, отрицающія святость присяги, каковы сектанты—они даютъ честное слово, или лица, неразумѣющія святости присяги, каковы малолѣтніе, или лица, освобожденныя

---

[1]) Ibid, ст. 58.
[2]) Ibid, ст. 59.
[3]) Ibid, ст. 60.

по взаимному согласію тяжущихся—это безусловно необходимыя исключенія, безъ которыхъ нельзя обойтись. Такъ смотритъ на это уставъ гражданскаго судопроизводства; законъ же 29 декабря принялъ категоріи свидѣтелей, завѣдомо недостовѣрныхъ; въ силу закона таковыми являются отлученные отъ церкви и вся категорія свидѣтелей, отводимыхъ сторонами отъ свидѣтельства подъ присягою. Можно ли при наличности такихъ недостовѣрныхъ свидѣтелей требовать, чтобы земскій начальникъ исполнилъ правило ст. 88, по которому онъ долженъ „опредѣлять силу и значеніе доказательствъ по внутреннему убѣжденію"? Самъ законъ его стѣсняетъ, говоря: „такимъ-то свидѣтелямъ я далъ право лгать на судѣ". Наконецъ, нельзя не пожалѣть, что новый законъ не призналъ возможнымъ, подобно уставу, освободить отъ присяги свидѣтелей, когда объ этомъ просятъ обѣ тяжущіяся стороны; подобная просьба дѣйствительно, могла бы замѣнить собою присягу.—Обязанность свидѣтеля явиться на судъ опредѣляется тоже по уставу (ст. 91, 92), но: 1) штрафъ за неявку можетъ быть взысканъ, если свидѣтель живетъ дальше 15 верстъ отъ мѣста допроса и 2) штрафъ полагается: въ первый разъ—до 5 руб., а во второй до 10 руб. [1]). Право свидѣтеля на вознагражденіе опредѣляется по правиламъ устава (ст. 103 и 104 уст. гражд. судопр. [2]).

Что касается способности быть свидѣтелемъ, то и тутъ законъ 29 декабря отвергъ правила устава гражданскаго судопроизводства, по которымъ неспособность быть свидѣтелемъ можетъ быть абсолютная и относительная; онъ принялъ правила устава уголовнаго судопроизводства, не признающія относительной неспособности быть свидѣтелемъ, т.-е. не знаетъ свидѣтелей, которые устраняются отъ свидѣтельства по отводамъ сторонъ. Законъ 29 декабря гораздо менѣе строгъ въ выборѣ лицъ, могущихъ быть свидѣтелями, чѣмъ уставъ гражданскаго судопроизводства. Такъ, къ лицамъ, абсолютно неспособнымъ быть свидѣтелями, отнесены только умалишенные, страдающіе физическими и умственными недостатками, духовныя лица—по отношенію къ тому, что имъ повѣрено на исповѣди, и повѣренные—по отношенію къ признанію, сдѣланному имъ довѣрителемъ [3]). Всѣ остальныя лица, признаваемыя уставомъ абсолютно неспособными, какъ и относительно неспособные быть свидѣтелями, признаны закономъ 29 декабря способными, но одни—въ силу закона, а другія—по отводамъ лишь допрашиваются безъ присяги. Такъ, къ первой категоріи отнесены отлученные отъ церкви (по уставу абсолютно неспособные быть свидѣтелями), равно какъ и слабоумные, подходящіе къ категоріи лицъ, страдающихъ умственными недостатками. Относительно послѣднихъ надо замѣтить, что законъ впалъ въ противорѣчіе, не согласовавъ заимствованныя статьи уставовъ уголовнаго и гражданскаго судопроизводства (ст. 84 п. 4 уст. гражд. суд. и 706 п. 3), и вышло, что лица, страдающія умственными недостатками, не допускаются къ свидѣтельству, а слабоумные допускаются, хотя и безъ присяги. Ко второй же категоріи, т.-е. лицамъ, отводимыхъ отъ свидѣтельства подъ присягою, отнесены изъ абсолютно неспособнымъ по уставу: дѣти по отношенію къ родителямъ, малолѣтніе, праволишенные и отлученные отъ церкви, а равно и всѣ перечисленные въ уставѣ относительно неспособные свидѣтели, съ слѣдующими лишь измѣненіями: 1) вовсе не упомянуты указанныя въ уставѣ лица, выгода коихъ зависитъ отъ рѣшенія дѣла, 2) прибавлены евреи и раскольники, не указанные въ уставѣ и 3) по уставу относительно неспособны родственники первыхъ трехъ степеней, а по закону 29 декабря устраняются отъ свидѣтельства подъ присягой родственники пер-

---

[1]) Ibid, ст. 63.
[2]) Ibid, ст. 68.
[3]) Ibid, ст. 54, 55.

выхъ четырехъ степеней. Принятое закономъ 29 декабря расширеніе круга лицъ, могущихъ быть свидѣтелями, не можетъ быть одобрено уже потому, что самъ законъ признаетъ извѣстныхъ лицъ негодными свидѣтелями, но этотъ свой взглядъ на нихъ осуществляетъ не въ формѣ отрицанія въ нихъ свидѣтельской правоспособности, а въ формѣ ослабленія къ нимъ довѣрія со стороны суда, какъ къ свидѣтелямъ безприсяжнымъ.

Что касается фактовъ, которые могутъ быть доказываемы свидѣтельскими показаніями, то и по этому вопросу приняты правила устава (ст. 406 и 409 пп. 1 и 2 [1]). Воспроизведены и правила о вызовѣ и допросѣ свидѣтелей (ст. 88—90, 93, 94, 97—101 уст. гражд. суд.) [2]) съ нѣкоторыми лишь измѣненіями, а именно: 1) присяга всегда подтвердительная, причемъ не отбирается подписка; свидѣтели только предупреждаются, что, въ случаѣ надобности, они подтвердятъ свое показаніе присягою, причемъ требовать исполненія этого обязательства стороны могутъ лишь въ особо важныхъ случаяхъ и послѣ признанія земскимъ начальникомъ, требованія ихъ заслуживающими уваженія. Независимо отъ того и самъ онъ можетъ требовать ея исполненія [3]). Нельзя не высказаться рѣшительно противъ ограниченія права сторонъ требовать подтвержденія показанія присягою „особою важностью“ случая и „усмотрѣніемъ“ земскаго начальника. По отношенію къ каждому показанію свидѣтеля, данному въ предположеніи въ будущемъ присяги, надо признать, что оно равносильно показанію присяжному; каждый свидѣтель долженъзнать, что отъ него, если сторона пожелаетъ, можно потребовать присяги; сторона должна быть увѣрена въ этомъ и судъ точно также; безъ этого рушится предположеніе о равносильности присяжнаго и безприсяжнаго показанія; обусловить принятіе присяги особою важностью случая—значитъ внушить свидѣтелю, показывающему о неважномъ фактѣ, мысль о томъ, что ему незачѣмъ говорить правду—до присяги дѣло не можетъ дойти; настаивать на этомъ и земскій начальникъ не можетъ, ибо законъ этого не дозволяетъ. Одно изъ двухъ: или есть присяга или нѣтъ ея; если она есть то она и должна быть принята во всѣхъ бесъ изъятія случаяхъ. Если же ограничивать ее усмотрѣніемъ земскаго начальника, то въ глазахъ стороны, требующей ея, но встрѣтившей откязъ со стороны земскаго начальника, судебное рѣшеніе потеряетъ свой авторитетъ, — оно будетъ, по его мнѣнію, рѣшеніемъ, основаннымъ на невѣрномъ показаніи свидѣтелей.

Приводятся свидѣтели къ присягѣ по правиламъ ст. 711, 713, 717 уст. угол. суд. [4]). Затѣмъ, въ законъ 29 декабря внесено правило о томъ, что свидѣтели, живущіе въ мѣстности, на которую не распространяется положеніе о земскихъ начальникахъ, допрашиваются должностнымъ лицомъ, на котораго въ той мѣстности возложенъ допросъ свидѣтелей по дѣламъ, подвѣдомственнымъ суду первой степени [5]). Правило это весьма неясное. Въ коллегіальномъ судѣ свидѣтелей допрашиваетъ коллегія и лишь въ исключительныхъ случаяхъ допросъ возлагается на одного изъ членовъ; изъ этихъ случаевъ, вѣроятно, только тогда, когда допрашиваемое лицо живетъ въ мѣстѣ нахожденія суда, допросъ по дѣлу, производящемуся у земскаго начальника, можетъ быть возложенъ на члена суда. Въ судѣ единоличномъ допросъ этотъ, вѣроятно, возлагается на судью по мѣсту жительства свидѣтеля.

Наконецъ, правила второй книги устава о начатіи допроса предло-

---

1) Ibid, ст. 69 и 70.
2) Ibid, ст. 61. 62, 64—67.
3) Ibid, ст. 57.
4) Ibid, l. c.
5) Ibid, ст. 66.

женіемъ разсказать все, что извѣстно по дѣлу (ст. 397), объ устности показанія (ст. 398), о правѣ остановить свидѣтеля, уклоняющагося въ сторону (ст. 399), о передопросѣ (ст. 403), и о допросѣ при помощи переводчика (ст. 405), какъ правила, вытекающія изъ существа и цѣли допроса, по необходимости должны быть примѣняемы и земскимъ начальникомъ.

б) *Письменныя доказательства.* Изъ правилъ первой книги устава гражданскаго судопроизводства собственно о письменныхъ доказательствахъ, въ законъ 29 декабря цѣликомъ вошли лишь два положенія, изъ коихъ одно даетъ опредѣленіе письменнаго акта, а другое запрещаетъ опровергать акты свидѣтельскими показаніями (ст. 105 и 106 уст. угол. суд.) [1]; остальныя же правила, посвященныя способамъ отрицанія подлинности акта, подверглись, повидимому, существеннымъ измѣненіямъ. Прежде всего, бросается въ глаза отсутствіе правилъ по вопросу о сомнѣніи въ подлинности. Изъ этого можетъ быть сдѣланъ выводъ, что въ процессѣ у земскаго начальника сомнѣніе въ подлинности заявлено быть не можетъ. Мы рѣшительно отрицаемъ правильность этого вывода и утверждаемъ, что право заявлять сомнѣніе въ подлинности не отнято у частныхъ лицъ, ибо оно зиждется на основаніяхъ матеріально-правовыхъ. Ст. 78 нотар. полож., по которой сила нотаріальныхъ актовъ опредѣляется на основаніи устава гражданскаго судопроизводства, имѣетъ обязательное значеніе и для земскихъ начальниковъ; по правиламъ же устава нотаріальные акты распространяютъ свою силу на „наслѣдниковъ и преемниковъ“ (ст. 457 уст. гражд. суд.); съ этой стороны уставъ ставитъ въ одинаковое положеніе съ нотаріальными актами и акты домашніе, но лишь при томъ условіи, если послѣдніе признаны тѣми, противъ коихъ они представлены, или судомъ, по надлежащемъ изслѣдованіи подлинности (ст. 458). Изъ этого видно, что когда „наслѣдникъ или преемникъ“ не признаетъ домашній актъ, противъ него предъявленный, подлиннымъ, то судъ его отвергаетъ; но сторона, представившая актъ, можетъ его спасти, прося судъ подвергнуть его изслѣдованію со стороны подлинности, выслушавъ ея доказательства. Если судъ придетъ къ заключенію, что актъ подлинный, то ему придается значеніе, въ противномъ случаѣ онъ игнорируется. Противъ этого можно возразить, что сторона, не признающая подлинности домашняго акта, должна предъявить споръ о подлогѣ. Не вижу, почему это такъ; законъ требуетъ только признанія или непризнанія акта подлиннымъ; если бы онъ требовалъ предъявленія спора о подлогѣ, то почему онъ прямо этого не высказалъ, какъ онъ это сдѣлалъ относительно нотаріальныхъ актовъ? (въ ст. 457). Въ виду этихъ соображеній спрашивается: не есть ли заявленіе правопреемникомъ о непризнаніи подлинности домашняго акта заявленіе сомнѣнія въ его подлинности? Ничѣмъ инымъ оно и быть не можетъ. Въ случаѣ этомъ имѣются всѣ признаки сомнѣнія въ подлинности: направлено оно противъ домашняго акта, акта неподписаннаго лицомъ, заявившимъ сомнѣніе; доказываетъ его подлинность лицо, его предъявившее; судъ его подвергаетъ изслѣдованію и, признавъ подлиннымъ, принимаетъ за доказательство, признавъ подложнымъ— исключаетъ изъ числа доказательствъ. Утверждая, что подъ ст. 450 уст. гражд. суд. подходитъ случай непризнанія правопреемникомъ домашняго акта за подлинный, непризнанія тождественнаго съ заявленіемъ сомнѣнія въ подлинности, я соглашаюсь съ тѣмъ, что статья имѣетъ болѣе широкій смыслъ, что подъ нее подходятъ и другіе случаи, нетождественные съ заявленіемъ сомнѣнія въ подлинности. Такъ, если домашній актъ предъявленъ противъ лица его выдавшаго, то непризнаніе послѣднимъ его подлинности ставитъ судъ въ необходимость ex officio подвергнуть актъ изслѣдованію, что онъ вправѣ сдѣлать въ виду ст. 499 уст. гражд. суд., по которой повѣрка дока-

[1]) Ibid, ст. 69.

зательствъ (не исключая, разумѣется, и письменныхъ актовъ) производится и по усмотрѣнію суда; кромѣ того, лицо, непризнавшее актъ за подлинный, разумѣется, не лишено права предъявить споръ о подлогѣ. Словомъ, „непризнаніе акта за подлинный"—въ смыслѣ предъявленія сомнѣнія въ подлинности есть лишь одинъ изъ случаевъ, подходящихъ подъ ст. 458 уст. гражд. суд. Я готовъ согласиться, что составители закона 29 декабря желали изгнать изъ процесса у земскихъ начальниковъ сомнѣніе въ подлинности, но эта цѣль ими не достигнута. Ст. 78 нотар. полож. обязательна для земскихъ начальниковъ, а связанная съ нею ст. 458 уст. гражд. суд. еще не отмѣнена, и земскій начальникъ, не принимающій ихъ въ соображеніе, прямо нарушитъ законъ. Признавая, что сомнѣніе въ подлинности сохранилось и въ процессѣ у земскихъ начальниковъ, я полагаю, что для нихъ обязательны ст. 107—109 уст. гражд. суд. и тѣ правила книги второй устава объ этомъ институтѣ, которыя, не содержа въ себѣ ничего новаго, лишь дополняютъ ст. 107, а именно ст. 547—554.

Что касается спора о подлогѣ, то законъ 29 декабря принялъ установленное уставомъ гражданскаго судопроизводства различіе двухъ случаевъ его: безъ указанія на лицо, обличаемое въ подлогѣ, и съ указаніемъ на таковое. Правила, касающіяся перваго случая, даютъ земскому начальнику болѣе широкія права, чѣмъ даетъ уставъ мировымъ судьямъ. Мировой судья не можетъ подвергать оспоренный актъ изслѣдованію и, послѣ подтвержденія стороною разъ заявленнаго спора, пріостанавливаетъ у себя дѣло, а актъ передаетъ прокурору окружнаго суда (ст. 110 уст. гражд. суд.). Земскій же начальникъ, безъ всякихъ подтвержденій спора, назначаетъ сторонѣ, заявившей его, семидневный срокъ для представленія доказательствъ подлога. Если срокъ этотъ пропущенъ, то земскій начальникъ, если нѣтъ основаній дать отсрочку [1]), признаетъ сторону отказавшеюся отъ спора. По представленіи же доказательствъ, онъ, на основаніи ихъ, рѣшаетъ вопросъ о подлинности или подвергаетъ актъ изслѣдованію и на немъ основываетъ свое рѣшеніе. Признавъ актъ подлиннымъ, онъ принимаетъ его въ соображеніе; если же къ такому выводу онъ придти не можетъ, то признаетъ актъ сомнительнымъ, пріостанавливаетъ у себя производство и предоставляетъ сторонѣ, заявившей споръ, предъявить въ мѣсячный срокъ окружному суду искъ о признаніи акта подложнымъ. Если срокъ этотъ истечетъ и сторона иска не предъявитъ, то противникъ можетъ просить земскаго начальника приступить къ разсмотрѣнію дѣла, устранивъ споръ о подлогѣ [2]). Если же сторона предъявитъ искъ о признаніи акта подложнымъ, то отъ признанія акта окружнымъ судомъ подложнымъ или подлиннымъ будетъ зависѣть продолженіе дѣла съ устраненіемъ акта изъ числа доказательствъ или съ принятіемъ его въ качествѣ таковаго. Если имѣть въ виду, что и сомнѣніе въ подлинности можетъ быть заявлено земскому начальнику, то вся эта новая процедура спора о подлогѣ является лишь излишнимъ осложненіемъ. Дѣло было бы проще, если бы земскому начальнику, подобно тому какъ мировому судьѣ, обязательно было сразу пріостановить производство при возбужденіи спора о подлогѣ.—Что касается второго случая, т.-е. когда сторона, заявившая споръ о подлогѣ, обвиняетъ кого-либо въ этомъ преступленіи, то земскій начальникъ пріостанавливаетъ у себя производство и передаетъ дѣло прокурору. Это положеніе, взятое изъ второй книги устава (ст. 564 у. г. с.), всегда примѣнялось и мировыми судьями; теперь оно прямо выставлено закономъ, вмѣстѣ съ другою статьею второй книги (ст. 567 у. г. с.), а именно, что въ случаѣ окончанія дѣла въ

[1]) Ibid, ст. 17.
[2]) Ibid, ст. 17.

уголовномъ судѣ оправданіемъ подсудимаго и при неуказаніи въ приговорѣ, призналъ ли судъ актъ подложнымъ, земскій начальникъ, по просьбѣ стороны, разрѣшаетъ вопросъ о подлинности акта (ст. 565 у. г. с. [1]). Наконецъ, рождается вопросъ; въ какой мѣрѣ обязательны для земскаго начальника остальныя правила устава гражданскаго судопроизводства о письменныхъ доказательствахъ, а именно, объ истребованіи актовъ и о силѣ ихъ. Мы высказываемся за обязательность этихъ постановленій (ст. 439—478 уст. гражд. суд.). Въ вопросѣ объ истребованіи актовъ уставъ различаетъ три случая: истребованіе ихъ отъ правительственнаго установленія, отъ третьяго лица и отъ противной стороны. Относительно перваго случая надо замѣтить, что въ ст. 44 прав. произв. воспроизведена ст. 76 уст. гражд. суд., по которой мировой судья выдаетъ тяжущемуся свидѣтельство на полученіе „справки или копіи" изъ правительственнаго установленія. Изъ правилъ второй книги устава, дополняющихъ подобное правило, къ процессу у земскихъ начальниковъ примѣняются тѣ, въ которыхъ рѣчь идетъ о „справкахъ и копіяхъ", а не о подлинныхъ документахъ, которыхъ тяжущіеся по дѣламъ, производящимся у земскихъ начальниковъ, требовать не могутъ. Упомянутыя правила примѣняются потому, что въ нихъ содержится рядъ предписаній не для земскихъ начальниковъ, а для тѣхъ правительственныхъ установленій вообще, въ которыхъ подлинные акты находятся (ст. 453 и 455 у. г. с.). Что касается правилъ истребованія документовъ отъ третьяго лица и отъ противника (ст. 439—451 у. г. с.), то вопросъ о примѣнимости ихъ къ процессу у земскихъ начальниковъ представляется нѣсколько болѣе сложнымъ. Законъ 29 декабря объ обязанности предъявленія акта вовсе не упоминаетъ и изъ этого могъ бы быть сдѣланъ легкомысленный выводъ, что истребованіе документовъ невозможно. Я ставлю вопросъ на нѣсколько иную почву и прихожу къ противоположному выводу. Еще римскому праву былъ извѣстенъ искъ о предъявленіи документа, actio ad exhibendum. Юридическое значеніе этого иска различно, смотря по тому, предъявляется ли онъ къ процессуальному противнику, или къ постороннему лицу; въ первомъ случаѣ уклоненіе отвѣтчика отъ выдачи документа или отъ присяги въ подтвержденіе того, что документа у него нѣтъ, влечетъ за собою признаніе доказаннымъ того факта, доказательствомъ коего долженъ служить требуемый документъ; во второмъ случаѣ уклоненіе отвѣтчика даетъ истцу право требовать вознагражденія за убытокъ, происшедшій отъ непредставленія документа. Можетъ ли actio ad exhibendum быть предъявлена земскому начальнику? Процессуальныхъ препятствій не имѣется; хотя искъ этотъ денежной оцѣнкѣ не подлежитъ, но это ему не мѣшаетъ быть подсуднымъ земскому начальнику (ст. 32 п. 4). Гдѣ же, спрашивается, искать указанія на матеріально-правовыя основанія иска? Мнѣ кажется, что для земскихъ начальниковъ при рѣшеніи гражданскихъ дѣлъ обязательны матеріально-правовыя нормы въ какомъ бы томѣ свода или въ какомъ бы уставѣ онѣ ни были помѣщены. Въ 1 ч. X тома никакихъ правилъ на этотъ счетъ не имѣется; содержатся таковыя въ уставахъ торговаго и гражданскаго судопроизводства. Нельзя утверждать, что правила того *или* другого изъ этихъ уставовъ должны быть примѣнены земскимъ начальникомъ; примѣняемы имъ должны быть положенія общія, содержащіяся и въ томъ, и другомъ изъ этихъ уставовъ, а именно: какъ стороннія лица, такъ и противникъ даннаго тяжущагося по общему правилу обязаны предъявить документы, у нихъ находящіеся (ст. 439, 442, 445 уст. гражд. суд., 234—236 уст. суд. торг.), но частная переписка можетъ быть истребована отъ сторонняго лица лишь въ томъ случаѣ, когда оно участвовало въ дѣлѣ въ качествѣ

[1]) Ibid, ст. 72.

приказчика, коммисіонера, маклера или посредника при заключеніи договора (ст. 445 уст. гр. суд., 238 уст. суд. торг.). Юридическія послѣдствія уклоненія отъ предъявленія акта указаны лишь въ уставѣ гражданскаго судопроизводства и только относительно противника тяжущагося (ст. 444). Земскій начальникъ не можетъ примѣнить это правило, ибо ему предъявленъ искъ, по которому онъ можетъ или обязать отвѣтчика предъявить документъ, или отказать истцу въ искѣ. По самому существу этого иска доказать активное его основаніе—фактъ нахожденія документа у отвѣтчика—чрезвычайно трудно; благодаря этому, конечно, случаи, когда земскому начальнику придется обязать отвѣтчика къ предъявленію документа, должны быть рѣдки. Не даромъ римское и германское право прибѣгаютъ къ присягѣ. Нашъ уставъ гражданскаго судопроизводства (не указывая вовсе на послѣдствія уклоненія посторонняго лица отъ предъявленія документа) не даромъ же заставляетъ судъ придавать отказу противника значеніе признанія лишь въ томъ случаѣ, когда тотъ не отрицаетъ нахожденія у него документа. Точка зрѣнія устава самая правильная: нахожденіе у лица документа можетъ почитаться доказаннымъ только тогда, когда фактъ этотъ лицомъ „не отрицается". Но эта точка зрѣнія должна быть примѣнена во всѣхъ случаяхъ уклоненія, будетъ ли уклоняющійся стороною или постороннимъ лицомъ; такъ что, въ случаяхъ „не отрицанія" земскій начальникъ обязываетъ уклоняющагося къ опредѣленному сроку предъявить документъ. Какія же послѣдствія влечетъ за собою неисполненіе этого „постановленія" земскаго начальника? Мнѣ кажется, что онъ вправѣ примѣнить ст. 29 уст. о нак., нал. мир. судьями, т.-е. приговорить лицо къ денежному штрафу до 50 руб.

Что касается правилъ устава о силѣ письменныхъ доказательствъ, то всѣ они примѣняются къ процессу у земскихъ начальниковъ, ибо правила эти суть не процессуальныя, а матеріально правовыя. Они касаются вопроса о силѣ актовъ нотаріальныхъ и домашнихъ, торговыхъ книгъ, книгъ розничныхъ торговцевъ, реверсовъ, росписокъ и т. под., т.-е. они опредѣляютъ ихъ силу безотносительно къ суду, въ которомъ дѣло разбирается. Къ этому соображенію общаго характера нельзя не прибавить, по отношенію къ актамъ нотаріальнымъ и противополагаемымъ имъ домашнимъ, что обязательность соотвѣтствующихъ правилъ устава для земскихъ начальниковъ подтверждается уже упомянутою ст. 78 нотар. полож.

Наконецъ, надо замѣтить, что правило устава о томъ (ст. 73), что въ искахъ о возстановленіи нарушеннаго владѣнія мировой судья не входитъ въ разсмотрѣніе документовъ, удостовѣряющихъ право собственности на недвижимое имущество, но лишь возстановляетъ нарушенное владѣніе, существеннымъ образомъ измѣнено. Спорный въ литературѣ вопросъ о смыслѣ этого правила рѣшенъ составителями закона 29 декабря согласно съ мнѣніемъ сената, а именно—что въ искахъ этихъ *„не подлежитъ разсмотрѣнію вопросъ о правѣ собственности"* [1]), о документахъ-же ничего не упомянуто, изъ чего можно сдѣлать выводъ, что земскій начальникъ можетъ разсматривать всякіе документы для рѣшенія вопроса о фактическомъ владѣніи. Я уже имѣлъ случай высказывать въ печати взглядъ противный мнѣнію сената (Журн. гражд. и угол. права 1881 г. кн. 2, стр. 183, Учебн. русск. гражд. суд., изд. 2, стр. 200). Здѣсь укажу лишь на логическую сторону ст. 49 прав. произв. Въ искахъ о возстановленіи *владѣнія*, говоритъ законъ, не разсматривается вопросъ *о правѣ собственности*, а возстановляется *владѣніе*. Нельзя сказать, чтобы это правило было особенно богато содержаніемъ. Среднее положеніе его можетъ быть дополнено безконечнымъ рядомъ другихъ, отрицательныхъ; напр. въ

---

[1]) Ibid. ст. 49.

искахъ о возстановленіи владѣнія не разрѣшается вопросъ о правѣ собственности, о правѣ участія частномъ, о правѣ на вознагражденіе за убытки, о законности рожденія, о дѣйствительности брака и т. д., и т. д. до безконечности. Такое законоположеніе по меньшей мѣрѣ излишне.

в) *Признаніе.* Законъ 29 декабря буквально воспроизвелъ правила первой книги устава о признаніи (ст. 112 — 114 уст. гражд. суд. [1]). Не вошло въ законъ правило второй книги устава объ условіяхъ опроверженія признанія (ст. 481 уст. гр. суд.). Какъ быть въ тѣхъ случахъ, когда въ процессѣ у земскаго начальника отвѣтчикъ признаетъ полученіе его прикащиками товара со станціи, а впослѣдствіи оказывается, что онъ былъ введенъ въ заблужденіе другимъ лицомъ, что и можетъ доказать свидѣтелями, или, какъ быть, когда отвѣтчикъ призналъ долгъ своего наслѣдователя, а впослѣдствіи находитъ росписку кредитора? Въ случаяхъ этихъ, когда ошибка обнаружится по постановленіи рѣшенія, отвѣтчикъ можетъ или подать апелляціонную жалобу, если срокъ не истекъ, или, если рѣшеніе вступило въ силу, подать просьбу объ отмѣнѣ рѣшенія, въ виду открытія новыхъ обстоятельствъ [2]). Фактъ, которымъ опровергается признаніе, есть „новое обстоятельство", которымъ и можно воспользоваться двоякимъ образомъ. Въ результатѣ ст. 481 уст. гражд. суд., имѣющая значеніе только какъ поводъ жалобы апелляціонной и просьбы о пересмотрѣ рѣшенія, имѣетъ полное примѣненіе и къ процессу у земскихъ начальниковъ. Что касается другихъ двухъ статей устава о признаніи, то вторая половина первой изъ нихъ, (ст. 479) не примѣняется къ процессу у земскихъ начальниковъ, ибо разсчитана на письменный процессъ, первая же половина ея, требующая внесенія признанія въ протоколъ, воспроизведена въ ст. 101 п. 4 прав. произв.; вторая же статья (ст. 484), по которой несостоятельный должникъ не можетъ учинять признанія, есть случай примѣненія ст. 21 общихъ положеній устава, обязательныхъ для земскихъ начальниковъ.

г) *Осмотръ на мѣстѣ.* И по этому вопросу въ законѣ 29 декабря воспроизведены правила первой книги устава [3]); лишь упущено указаніе на то, что тяжущіеся, не присутствовавшіе при осмотрѣ на мѣстѣ, не могутъ обжаловать дѣйствій судьи (ст. 121 уст. гражд. суд.). Изъ этого умолчанія надо сдѣлать выводъ, что въ указанномъ случаѣ тяжущіеся сохраняютъ за собой право обжалованія, но, конечно, совмѣстно съ апелляціею [4]).

д) *Заключеніе свѣдущихъ людей.* По этому вопросу отъ правилъ первой книги устава [5]) сдѣланы три отступленія: 1) не опредѣлено число экспертовъ; 2) изъ второй книги устава внесено правило о вознагражденіи экспертовъ (ст. 529—532), съ тѣмъ измѣненіемъ, что: а) размѣръ вознагражденія опредѣленъ закономъ, а именно, не свыше 25 руб., б) не возбраняется обжаловать опредѣленіе о вознагражденіи и 3) въ виду невнесенія въ новый законъ категоріи относительно правоспособныхъ свидѣтелей, эксперты отводятся не по правиламъ объ отводѣ свидѣтелей (ибо такихъ отводовъ новый законъ не знаетъ), а объ отводахъ свидѣтелей *отъ присяги.* Наконецъ, относительно отказа свѣдущихъ людей отъ представленія заключенія, вызова, допроса и послѣдствій ихъ неявки—соблюдаются правила, установленныя для свидѣтелей.

Заканчивая вопросъ о доказательствахъ, нельзя не упомянуть о томъ, что законъ 26 декабря изъялъ присягу изъ числа „доказательствъ". Институтъ этотъ, какъ можно заключить хотя бы по одной сенатской практикѣ,

---

1) Ibid, ст. 74--76.
2) Ibid, ст. 111 и 129.
3) Ibid, ст. 77.
4) Ibid, ст. 115.
5) Ibid, ст. 78, 79.

имѣетъ посейчасъ практическое значеніе. Нельзя, конечно, выступить въ защиту присяги съ принципіальной стороны. Редакторы устава тоже не были принципіальными ея защитниками, но они не считали удобнымъ изгонять ее и сохранили ее только въ формѣ особаго условія договорнаго соглашенія между тяжущимися. Признавая основательность религіозныхъ, юридическихъ, историческихъ и практическихъ возраженій противъ нея, они предоставили самой дѣйствительности отвѣтить на вопросъ о жизнеспособности и цѣлесообразности ея; они полагали, что институту этому еще далеко до смерти и, можно сказать, не ошиблись: еще существуетъ потребность разрѣшать гражданскіе споры присягою.

9) *Частные вопросы*. Къ числу этихъ вопросовъ относятся:

а) *Отводы*. Законъ 29 декабря воспроизводитъ цѣликомъ правила первой книги устава объ основаніяхъ отводовъ (ст. 69 уст. о гражд. суд.) [1]) и о правѣ судьи прекратить дѣло по обнаруженіи неподвѣдомственности его (ст. 79 уст. гражд. суд.) [2]). Что касается, однако, основаній, то по закону 29 декабря они имѣютъ совсѣмъ иное значеніе; по уставу они являются основаніями такихъ отводовъ, которые могутъ быть предъявлены до представленія объясненій по существу, и должны быть разрѣшены отдѣльно отъ существа дѣла. Законъ 29 декабря касается отводовъ не съ этой стороны, а указываетъ на нихъ, какъ на процессуальныя возраженія, которые могутъ быть разрѣшены или отдѣльно отъ существа, или вмѣстѣ съ рѣшеніемъ по существу—это зависитъ отъ усмотрѣнія земскаго начальника. Такое измѣненіе, въ сущности, ни къ какимъ результатамъ не приведетъ, ибо у отвѣтчика, во-первыхъ, не отнято право предъявлять эти отводы до объясненій по существу, и, во-вторыхъ, если онъ ихъ предъявитъ, то ни одинъ земскій начальникъ не станетъ сначала входить въ разсмотрѣніе существа дѣла, а потомъ уже обратится къ отводу. Брагоразуміе должно ему подсказать, что необходимо сначала разсмотрѣть вопросъ о томъ, предъявленъ ли искъ къ надлежащему отвѣтчику и обладаетъ ли истецъ право- и дѣеспособностью, т.-е. что необходимо примѣнить 585 ст. уст. гражд. суд. Затѣмъ, говоритъ законъ послѣ перечисленія основаній отводовъ: всѣ *остальные* отводы должны быть разсмотрѣны земскимъ начальникомъ вмѣстѣ съ существомъ дѣла [3]). Тутъ, прежде всего, недоумѣваемъ, о какихъ это „остальныхъ" отводахъ идетъ рѣчь—законъ кромѣ перечисленнныхъ въ ст. 45, ни о какихъ другихъ не упоминаетъ. Если составители новаго закона, подобно составителямъ устава, разумѣли подъ отводомъ указаніе на отсутствіе абсолютныхъ и относительныхъ условій возникновенія процесса (см. мой Учебникъ русск. гражд. суд., изд. 2, стр. 253—254), то кромѣ перечисленныхъ останутся лишь два отвода: отводъ повѣреннаго, не имѣющаго полномочія (ст. 576 уст. гражд. суд.) и отводъ по неподвѣдомственности (ст. 50 прав., произв.). Но вѣдь земскимъ начальникомъ самимъ устраняется неправоспособный повѣренный и самъ онъ не вправѣ принимать неподвѣдомственное ему дѣло, а если такъ, то въ случаѣ указанія на эти обстоятельства со стороны тяжущихся до объясненій по существу, земскій начальникъ обязанъ войти въ обсужденіе ихъ отдѣльно отъ существа дѣла. Въ виду этого установленное закономъ 29 декабря дѣленіе отводовъ на могущихъ и немогущихъ быть разрѣшенными вмѣстѣ съ существомъ дѣла будетъ лишено всякаго практическаго значенія. Наконецъ, общаго срока для предъявленія отводовъ законъ не устанавливаетъ, что, конечно, весьма разумно въ видахъ упрощенія процесса; но онъ дѣлаетъ исключеніе для отвода по неподсудности дѣла дан-

---

1) Ibid, ст. 45.

2) Ibid, ст. 50.

3) Ibid, ст. 46.

ному земскому начальнику: отводъ этотъ можетъ быть предъявленъ лишь до „представленія возраженій по существу“ [1]).

Что касается правилъ второй книги устава объ отводахъ, то уже по существу они примѣнены земскимъ начальникомъ быть не могутъ, кромѣ, конечно, ст. 584, какъ уже было выше упомянуто, и ст. 589, перечисляющей матеріально правовыя возраженія, которыя, какъ возраженія по существу, не могутъ быть разсмотрѣны отдѣльно. Сомнѣнія могутъ возникнуть лишь по поводу правила о переводѣ дѣла изъ суда по мѣсту временнаго пребыванія въ судъ по мѣсту постояннаго жительства (ст. 580—583 уст. гражд.). Въ виду того, что законъ указываетъ на мѣсто временнаго пребыванія, какъ на такое же основаніе подсудности, какъ и мѣсто постояннаго жительства (ст. 22) и, слѣдовательно, при предъявленіи иска по первому изъ этихъ основаній нельзя предъявить отвода по *неподсудности*, — а также въ виду молчанія закона о возможности перевода дѣла,—приходится признать переводъ дѣла невозможнымъ.

б) *Обезпеченіе исковъ*. Правила объ обезпеченіи иска частью воспроизведены изъ устава, частью измѣнены. Что касается правилъ перваго рода, то всѣ они, кромѣ ст. 81, повторяющей ст. 125 уст. гражд. суд., по которой ходатайство истца объ обезпеченіи иска должно быть, въ извѣстныхъ случаяхъ, уважено, основы на статьяхъ второй книги устава, а именно: ст. 89—повторяетъ статью 590 и первую половину 595, т.-е. что обезпеченіе иска допускается въ теченіи всего производства и удовлетвореніе просьбъ объ этомъ зависитъ отъ усмотрѣнія земскаго начальника. Затѣмъ, ст. 72, обязывающая земскаго начальника указать въ опредѣленіи способы обезпеченія—есть правило, всегда въ нащей практикѣ соблюдавшееся и основанное на томъ (ст. 603), что истецъ въ прошеніи долженъ указать этотъ способъ; если въ просьбѣ указывается способъ обезпеченія, то и въ опредѣленіи, являющимся отвѣтомъ на просьбу, не указывать на эти способы нельзя. Слѣдующая затѣмъ статья 83, содержитъ родъ ссылокъ на статьи устава гражданскаго судопроизводства—именно ст. 616—652, обязательныхъ для земскаго начальника. Наконецъ, послѣдняя статья, 84, воспроизводитъ: 1) стасью 615, по которой отвѣтчикъ вправѣ просить о замѣнѣ обезпеченіи суммою денегъ; 2) статьи 613 и 614, говорящихъ о правѣ отвѣтчика просить о замѣнѣ одной мѣры обезпеченія другою; хотя здѣсь и не говорится, что судъ удовлетворяетъ это ходатайство, если признаетъ это необходимымъ, но это разумѣется само собой, и 3) ст. 609, по которой искъ о правѣ собственности обезпечивается арестомъ спорнаго имущества, хотя правило это и выражено въ другой формѣ, а именно, что судъ не вправѣ удовлетворить просьбу объ отмѣнѣ этого обезпеченія. Что касается измѣненій, введенныхъ закономъ 29 декабря, то ихъ собственно три, и всѣ они достойны полнаго одобренія: 1) на недвижимое имущество можетъ быть наложено запрещеніе въ обезпеченіи иска не безусловно, какъ по уставу, а лишь по искамъ цѣною свыше 50 рублей [2]); 2) на опредѣленіе суда хотя и можетъ быть принесена частная жалоба отдѣльно отъ апелляціи, но не вообще, какъ по уставу гражданскаго судопроизводства (ст. 596), а лишь тогда, когда удовлетвореніе просьбы истца было обязательно [3]), и 3) опредѣленіе объ обезпеченіи иска исполняется немедленно и во всякомъ случаѣ не позднѣе сутокъ со времени его постановленія [4]). Это послѣднее положеніе отнюдь не должно быть понимаемо въ томъ смыслѣ, что

---

1) Ibid, l. c.
2) Ibid, ст. 82.
3) Ibid, ст. 115.
4) Ibid, ст. 83.

исполненіе опредѣленія должно быть завершено въ теченіе сутокъ; смыслъ его тотъ, что первое исполнительное дѣйствіе должно быть совершено не позднѣе этого срока. Спрашивается, примѣняются ли къ процессу у земскихъ начальниковъ остальныя, невоспроизведенныя закономъ 29 декабря правила второй книги устава? Примѣняются, конечно, тѣ, которыя вытекаютъ изъ существа обезпеченія иска или непротивны закону, а именно: 1) для того, чтобы мѣры обезпеченія могли быть приняты, искъ долженъ быть достовѣренъ (ст. 591 уст. гражд. суд.) и опредѣленъ извѣстною суммою (ст. 593); 2) должно имѣться въ наличности опасеніе истца не получить удовлетвореніе (ст. 591); 3) въ просьбѣ объ обезпеченіи долженъ быть указанъ способъ (ст. 603); 4) просьба объ обезпеченіи можетъ быть подана вторично, если она разъ не уважена (592); 5) не требуется соблюденія порядка по роду имущества, т.-е. сначала арестъ движимаго, а затѣмъ запрещеніе на недвижимое (ст. 607), а равно не исключается возможность примѣненія нѣсколькихъ способовъ обезпеченія (ст. 698); 6) имущество, указанное для обезпеченія иска въ самомъ договорѣ, принимается въ видѣ обезпеченія (ст. 612) 7); обезпеченіе должно, по опредѣленію земскаго начальника простираться не далѣе цѣны иска (ст. 594, 634, 608 уст. гражд. суд.), и 8) отвѣтчикъ ограничивается въ правѣ пользованія лѣсомъ, находящимся въ имѣніи, на которое наложено запрещеніе (ст. 610, 611). Наконецъ, надо замѣтить, что въ новый законъ не вошло правило объ одномъ изъ совершенно безполезныхъ и лишенныхъ всякаго практическаго значенія способовъ обезпеченія иска—объ отобраніи подписки о невыѣздѣ.

в) *Участіе третьихъ лицъ.* Законъ 29 декабря говоритъ лишь о двухъ формахъ участія третьяго лица: о привлеченіи лица, къ которому тяжущійся имѣетъ право обратнаго требованія и о вступленіи лица заинтересованнаго. О третьей формѣ, упоминаемой въ уставѣ, о предъявленіи лицомъ иска о правѣ на спорное между сторонами имущество—новый законъ не упоминаетъ. Если бы отъ земскихъ начальниковъ безусловно требовалось высшее юридическое образованіе, то такое умолчаніе не имѣло бы никакихъ неудобныхъ послѣдствій. Юристъ пойметъ, что это умолчаніе не значитъ, что законъ не допускаетъ предъявленія третьимъ лицомъ иска къ спорящимъ сторонамъ; законъ вообще говоритъ о предъявленіи иска, не предрѣшая, когда именно искъ можетъ быть предъявленъ; юристъ пойметъ, что предъявленіе иска третьимъ лицомъ, какъ способъ упрощенія процесса, соединенія въ одинъ процессъ двухъ, вполнѣ согласно съ характеромъ процесса у земскихъ начальниковъ, процесса упрощеннаго, сокращеннаго. Такъ что и для земскихъ начальниковъ обязательны ст. 665 и 685 уст. гражд. суд., за исключеніемъ тѣхъ ихъ частей, въ которыхъ рѣчь идетъ объ исковыхъ прошеніяхъ. Что касается привлеченія третьяго лица въ качествѣ эвентуальнаго отвѣтчика, то въ новомъ законѣ въ нѣсколько иномъ, болѣе краткомъ изложеніи, передано содержаніе статей устава, причемъ упущены не только правила, несовмѣстимыя съ сокращенной, устной процедурой процесса у земскихъ начальниковъ, но и правило, весьма сильно гарантирующее осуществимость принадлежащаго сторонѣ права обратнаго требованія къ третьему лицу, а именно—право требовать обезпеченія этого обратнаго требованія [1]). Признать за стороною это право при молчаніи закона нельзя, ибо это одинъ изъ тѣхъ исключительныхъ случаевъ, когда обезпечивается искъ еще ранѣе его предъявленія. Вторая форма участія третьяго лица—вступленіе лица заинтересованнаго. пособника. Составители закона 29 декабря, заимствовавъ ст. 86 изъ устава, измѣнили 663 статью его почти до неузнаваемости, едва ли отдавая себѣ полный от-

[1]) Ibid, ст. 85.

четъ въ значеніи сдѣланныхъ измѣненій. Во-первыхъ, вмѣсто „третье лицо, интересъ коего зависитъ отъ рѣшенія дѣла въ пользу одной изъ сторонъ“, они говорятъ о „третьемъ лицѣ, интересы котораго могутъ потерпѣть ущербъ отъ рѣшенія дѣла въ пользу одной изъ сторонъ“. Въ первомъ выраженіи ясно и точно указывается на юридическій интересъ, выражающійся въ той или другой юридической пользѣ, а именно—въ признаніи одного изъ условій права или его осуществимости, или освобожденія отъ обязанности; второе же выраженіе лишено юридическаго содержанія; рѣчь идетъ объ *интересахъ*, которые могутъ потерпѣть *ущербъ*, слѣдовательно—о всякаго рода невыгодахъ, которыхъ можно ожидать отъ рѣшенія дѣла въ пользу одной изъ сторонъ. Это приведетъ къ безграничному расширенію круга лицъ, имѣющихъ право вступить въ процессъ; напр., жена можетъ вступить въ процессъ, по которому привлеченъ къ отвѣтственности по займу ея мужъ, ибо и ея интересы терпятъ ущербъ (въ хозяйствѣ, въ гардеробѣ и пр.) отъ рѣшенія въ пользу кредитора, а также всѣ кредиторы должника, ибо и ихъ интересы терпятъ ущербъ отъ рѣшенія въ пользу одного изъ нихъ. Съ другой стороны, при такой редакціи статьи, не могутъ быть допущены къ участію такія лица, юридическій *интересъ* коихъ зависитъ отъ рѣшенія, но *интересы* коихъ не терпятъ никакого ущерба; напримѣръ, цедентъ вступаетъ въ процессъ съ цѣлью, чтобы не было признано одно изъ условій его обязанности по праву регресса; можно ли сказать, что онъ вступилъ ради того, чтобы интересы его не потерпѣли ущерба отъ исполненія обязанности по праву обратнаго требованія? *Интересы* его не терпятъ ущерба, но пострадать можетъ его юридическій *интересъ*. Если отождествлять интересъ съ интересами, то придется сказать совершенную несообразность, а именно, что всякое исполненіе долга, обязанности причиняетъ ущербъ интересамъ. Въ виду этихъ соображеній, ст. 86 закрываетъ доступъ къ процессу тѣмъ лицамъ, на которыхъ по законодательствамъ всего міра именно расчитана interventio voluntaria, и открывается доступъ лицамъ, не имѣющимъ ровно никакого юридическаго основанія для вступленія. Во-вторыхъ, уставъ благоразумно умалчиваетъ о юридическомъ положеніи, которое должно занимать заинтересованное третье лицо; но законъ 29 декабря даетъ такую характеристику этого положенія, что создается какой-то непонятный, уродливый юридическій институтъ. „Въ дальнѣйшемъ“, т.-е. послѣ допущенія къ участію, говоритъ законъ, „къ просителю примѣняются всѣ правила о тяжущихся“. Это прямо означаетъ, что третье лицо есть самостоятельный тяжущійся и, слѣдовательно, не стѣсненъ въ области процессуальныхъ правъ правами стороны, съ которой „совокупно“ участвуетъ въ процессѣ. Практически это выразится въ томъ, что третье лицо, вступающее для того, чтобы пособить сторонѣ выиграть процессъ, будетъ продолжать процессъ, хотя бы сторона и прекратила его; напр. цессіонарій вступаетъ въ мировую сдѣлку съ должникомъ, а цедентъ-пособникъ продолжаетъ настаивать на томъ, чтобы дѣло было разсмотрѣно и разрѣшено противъ должника; дѣлать это онъ вправѣ, ибо онъ тяжущійся, оказавшійся, однако, plus royaliste que le roi même. Несообразность совершенная.

Наконецъ, законъ выставляетъ общее правило для обѣихъ формъ участія третьяго лица—что опредѣленіе суда не подлежитъ обжалованію отдѣльно отъ апелляціи [1]), что, въ видахъ сокращенія процедуры, вполнѣ цѣлесообразно.

д) *Устраненіе судей.* По совершенно тѣмъ же основаніямъ, какъ по уставу (ст. 667 уст. гражд. суд.), земскій начальникъ обязанъ устранить себя отъ разбирательства дѣла [2]). Объ основаніяхъ этихъ могутъ заявлять и

---

[1]) Ibid, ст. 87.

[2]) Ibid, ст. 18; полож. о земск. нач. ст. 58.

сами тяжущіеся [1]). Устранившагося или устраненнаго земскаго начальника замѣняетъ другой или кандидатъ его [2]).

*10. Рѣшеніе.* Правила о рѣшеніи воспроизведены изъ первой книги устава (ст. 128—134, 136, 137, 139, 142, 144 уст. гражд. суд. [3]), со слѣдующими измѣненіями. 1) Въ пользу стороны, выигравшей дѣло, можетъ быть присуждено вознагражденіе за веденіе дѣла, по не свыше 25 рублей [4]). Въ первой книгѣ устава ничего не говорится о правѣ стороны въ мировомъ судѣ требовать вознагражденія за веденіе дѣла, но кассаціонная практика прямо распространила на мировую юстицію правила второй книги (кас. рѣш. 1870 г. № 983 и мн. друг.). Не можетъ подлежать сомнѣнію, что правила устава обязательны и для земскихъ начальниковъ. Если законъ говоритъ о правѣ на вознагражденіе за веденіе дѣла и затѣмъ не даетъ никакихъ болѣе указаній на то, что это за вознагражденіе, то надо полагать, что законодатель имѣлъ тутъ въ виду опредѣленный институтъ, о которомъ идетъ рѣчь въ другихъ частяхъ законодательства, а именно въ ст. 867 уст. гражд. суд.; этой статьей вознагражденіе опредѣляется по таксѣ, установленной для присяжныхъ повѣренныхъ (прил. VI къ ст. 396 уст. гражд. суд.). Maximum вознагражденія за веденіе дѣла сравнительно съ таксою пониженъ на половину—съ 50 руб. (такса ст. 5) на 25 руб., чего, конечно, нельзя не одобрить. 2) Законъ указываетъ на моментъ, съ котораго рѣшеніе уже не можетъ быть ни измѣнено, ни отмѣнено; такимъ моментомъ является не подписаніе его, какъ на второй книгѣ устава (ст. 700), а провозглашеніе [5]).

Затѣмъ, нельзя считать измѣненіемъ правилъ устава то положеніе, по которому земскій начальникъ можетъ по сложнымъ дѣламъ сначала объявить краткую резолюцію, а затѣмъ изложить рѣшеніе въ окончательной формѣ не далѣе какъ въ три дня [6]). И для мирового судьи вовсе не обязательно, напр., по мелкимъ дѣламъ, отлагать изложеніе рѣшенія въ окончательной формѣ; онъ сразу можетъ это сдѣлать—и дѣлаетъ. Смыслъ ст. 141 уст. гражд. суд. не тотъ, что судья долженъ изложить рѣшеніе въ окончательной формѣ и проч. черезъ три дня, а тотъ, что онъ долженъ его изложить не позже трехъ дней, а раньше сколько ему угодно—хотя бы немедленно по разсмотрѣніи дѣла—Наконецъ, нельзя не замѣтить, что не смотря на то, что 135 ст. уст. гражд. суд. не внесена въ новый законъ, земскій начальникъ имѣетъ право назначить срокъ, къ которому обвиненной сторонѣ предоставляется добровольно исполнить рѣшеніе. Это подтверждается тѣмъ, что въ рѣшеніи онъ долженъ указать, подлежитъ ли оно немедленному исполненію (ст. 94 п. 7). Это послѣднее требованіе, выставленное и въ ст. 142 п. 7 уст. гражд. суд., вытекаетъ изъ того, что мировой судья назначаетъ срокъ исполненія; въ правилахъ же для земскихъ начальниковъ, наоборотъ, изъ требованія, чтобы въ рѣшеніи было означено, немедленно ли оно должно быть приведено въ исполненіе—вытекаетъ, что земскій начальникъ можетъ назначить срокъ исполненія.

*11. Заочное рѣшеніе и отзывъ.* Воспринявъ правила первой книги устава (ст. 145—147, 150—154, 155 устава гражд. суд. [7]), законъ 29 декабря внесъ въ этотъ институтъ новое начало, заключающееся въ томъ, что своевременная подача отзыва не сама по себѣ дѣлаетъ заочное рѣшеніе недѣйствительнымъ,

---

[1]) Прав. произв. ст. 101 п. 8.

[2]) Полож. о земск. нач. ст. 55, 58.

[3]) Прав. произв. ст. 88—91.

[4]) Ibid, ст. 89.

[5]) Ibid, ст. 93.

[6]) Ibid, l. c.

[7]) Ibid, ст. 95, 96, 98, 99.

но лишь въ томъ случаѣ, если судъ признаетъ причину неявки отвѣтчика уважительною; если причина неявки неуважительна, то рѣшеніе остается въ силѣ [1]). Введено это начало съ цѣлью предотвратить злоупотребленія правомъ подачи отзыва ради одной затяжки процесса. Но цѣль эта едва ли будетъ достигнута. Что такое уважительная причина неявки?—Болѣзнь, служебныя занятія и т. п.? Кто же не знаетъ, что эти обстоятельства могутъ быть весьма легко удостовѣрены. Докторское свидѣтельство добыть и здоровому очень не трудно, а не давать ему вѣры нельзя. Не вѣрить должностному лицу, что оно въ день явки было занято, особенно если лицо это занимаетъ административный постъ (напр., члена уѣзднаго съѣзда или губернскаго присутствія), земскій начальникъ не станетъ. Ожидать отъ такого начала уменьшенія случаевъ намѣренной затяжки процесса невозможно. Конечно, если земскіе начальники не станутъ требовать формальныхъ доказательствъ причины неявки—тогда число случаевъ оставленія отзывовъ безъ разсмотрѣнія будетъ сведено къ нулю, но это, во 1) будетъ противно идеи закона и во 2) вызоветъ изобрѣтеніе всевозможныхъ ухищреній, подтвержденныхъ ложными доказательствами. Было бы гораздо цѣлесообразнѣе въ этихъ видахъ внести правило ст. 723 уст. гражд. суд., не попавшей въ законъ 29 декабря, по которой отвѣтчикъ, обвиненный заочнымъ рѣшеніемъ, хотя бы въ послѣдствіи и отмѣненнымъ, обязанъ уплатить всѣ судебныя издержки. Это достаточно сильное сдерживающее средство.—Вышеуказанное начало вызвало необходимость установленія особыхъ правилъ исчисленія срока подачи апелляціонной жалобы на заочное рѣшеніе; недостаточно было указать срокъ на подачу этой жалобы противъ перваго заочнаго рѣшенія—срокъ, который исчисляется какъ для истца, такъ и для отвѣтчика со дня врученія послѣднему копіи рѣшенія,—надо было также имѣть въ виду случай, когда отзывъ не былъ принятъ; исчислять и въ этомъ случаѣ срокъ съ того же момента было бы слишкомъ сурово, а потому исчисляется онъ со дня объявленія опредѣленія объ оставленіи заочнаго рѣшенія въ силѣ [2]).

Нельзя не высказать, далѣе, сожалѣнія, что въ новый законъ не внесено правило устава, по которому въ томъ случаѣ, когда при нѣсколькихъ отвѣтчикахъ въ засѣданіе явится одинъ, то и по отношенію къ другимъ постановляется не заочное, а состязательное рѣшеніе (ст. 724 уст. гражд. суд.). При отсутствіи этого правила можетъ произойти ужасная путаница: для явившихся отвѣтчиковъ рѣшеніе будетъ состязательнымъ, а для неявившихся—заочнымъ; изъ этихъ послѣднихъ одни подадутъ отзывъ, другіе нѣтъ; для однихъ оно будетъ по отзыву отмѣнено, для другихъ останется въ силѣ и пойдетъ на перерѣшеніе въ апелляціонную инстанцію и т. д. Если подобныя осложненія вообще нежелательны, то тѣмъ болѣе въ процессѣ упрощенномъ, при судьѣ—не всегда юристѣ. Наконецъ, надо замѣтить, что ст. 720 уст. гражд. суд., по которой судъ и при неявкѣ отвѣтчика можетъ воспринять доказательства и ст. 732 уст. гражд. суд., по которой послѣ подачи отзыва на заочное рѣшеніе истецъ можетъ просить объ обезпеченіи иска — какъ не противныя новому закону, должны быть примѣняемы и земскими начальниками.

*12. Предварительное исполненіе.* Принявъ тѣ же основанія предварительнаго исполненія, какъ и уставъ (ст. 138 и прим. къ 157), законъ ограничилъ предъявленіе просьбъ объ этомъ срокомъ, а именно „не позже засѣданія, въ которомъ рѣшено дѣло, хотя бы и послѣ постановленія рѣшенія“ [3]).

---

[1]) Ibid, ст. 96, 97.

[2]) Ibid, ст. 98.

[3]) Ibid, ст. 92.

Такое нововведеніе ни на чемъ не основано и чрезвычайно неудобно для тяжущихся; оно могло бы быть умѣстно въ окружныхъ судахъ, гдѣ дѣла ведутся по большей части адвокатами; но у земскихъ начальниковъ, гдѣ, конечно, въ большинствѣ случаевъ сами тяжущіеся, да къ тому же и не имѣющіе юридическихъ свѣдѣній, ведутъ свои дѣла, ограничивать право такимъ непродолжительнымъ срокомъ, едва ли цѣлесообразно. Еслибы было дано хоть нѣсколько дней—это было бы достаточно; а если это невозможно, то можно бы было возложить на земскаго начальника обязанность при объявленіи рѣшенія, и даже резолюціи, указать истцу на то, что онъ можетъ просить о предварительномъ исполненіи. Если законъ отнесся, въ виду изложеннаго, довольно сурово къ истцу, то еще болѣе сурово онъ отнесся къ отвѣтчику, не признавъ за нимъ, во всѣхъ указанныхъ закономъ случаяхъ, права (ст. 738 уст. гражд. суд.) на обезпеченіе ущерба, могущаго быть ему причиненнымъ предварительнымъ исполненіемъ рѣшенія, въ случаѣ апелляціонной отмѣны послѣдняго (cautio de restituendo). Это право за нимъ признано лишь въ одномъ случаѣ: когда требованіе истца о предварительномъ исполненіи основано на томъ, что отъ замедленія исполненіе сдѣлается впослѣдствіи невозможнымъ. Обезпеченіе это должно состоять или въ благонадежномъ залогѣ, или въ принятіи на себя отвѣтственности въ убыткахъ [1]). На опредѣленіе о предварительномъ исполненіи можетъ быть принесена частная жалоба отдѣльно отъ апелляціи, но лишь въ тѣхъ случаяхъ, когда предварительное исполненіе по закону обязательно [2]). Обязательность эта должна быть понимаема въ смыслѣ обязательнаго удостовѣренія просьбы о предварительномъ исполненіи и должна быть отнесена къ дѣламъ по актамъ, установленнымъ порядкомъ совершеннымъ, по найму имущественному и личному [3]); на опредѣленіе же въ тѣхъ случаяхъ, когда о предварительномъ исполненіи истецъ проситъ въ виду того, что отъ замедленія исполненіе сдѣлается невозможнымъ, жалоба возможна лишь вмѣстѣ съ апелляціею. Такое ограниченіе равносильно отказу въ правѣ обжалованія въ тѣхъ случаяхъ, когда судъ не удовлетворитъ просьбу истца; разрѣшеніе этой частной жалобы можетъ послѣдовать лишь въ рѣшеніи апелляціоннаго суда по существу, которое (рѣшеніе) немедленно вступаетъ въ силу и можетъ быть исполнено; такъ что разрѣшается вопросъ тогда, когда уже въ предварительномъ исполненіи нѣтъ надобности. Подобнаго ограниченія уставъ не знаетъ (ст. 166 уст. гражд. суд.).

*13. Исполненіе рѣшеній.* По этому вопросу въ новомъ законѣ имѣется весьма мало особенностей; прямо указывавается на примѣненіе ст. 924—1222 уст. гражд. суд. [4]). Рѣшенія земскихъ начальниковъ приводятся въ исполненіе чинами уѣздной или волостной полиціи даннаго земскаго участка, по принадлежности [5]); если же рѣшеніе должно быть приведено въ исполненіе внѣ участка того начальника, который постановилъ рѣшеніе, то въ уѣздѣ исполнительный листъ представляется мѣстному по исполненію земскому начальнику для порученія исполненія уѣздной или волостной полиціи; а въ городѣ—уѣздному члену окружнаго суда для порученія исполненія судебному приставу или полиціи; въ тѣхъ же мѣстностяхъ, на которыя не распространяется положеніе о земскихъ начальникахъ, исполненіе „производится въ порядкѣ, установлен-

---

[1]) Ibid, ст. 92 п. 4. См. ст. 138 п. 4 у. г. с.

[2]) Ibid, ст. 115 *а б*.

[3]) Ibid, ст. 92.

[4]) Изъ того, что предѣльною статьею является ст. 1222, можно сдѣлать выводъ, что послѣдующія статьи, т.-е. правила объ исполненіи рѣшеній иностранныхъ и финляндскихъ судовъ, не могутъ быть примѣнены земскимъ начальникомъ.

[5]) Ibid, ст. 105.

номъ въ этой мѣстности для исполненія судебныхъ рѣшеній по *симъ* дѣламъ" [1]), т.-е. по дѣламъ, по признакамъ своимъ тождественнымъ съ дѣлами, входящими въ вѣдомство земскихъ начальниковъ. Рѣшительно непонятно, почему исполнительный листъ представляется въ городѣ уѣздному члену окружнаго суда. Почему это не возлагается на городскаго судью? Вѣдь въ мѣстностяхъ, гдѣ не введено положеніе 12 іюля, эта обязанность лежитъ на равнокомпетентномъ судѣ. Не было основанія дѣлать изъятіе для городовъ въ чертѣ дѣйствія положенія. Мы склонны объяснить себѣ это опискою, которая должна быть исправлена впослѣдствіи. Дальнѣйшее отступленіе отъ правилъ устава заключается въ томъ, что обращеніе взысканія на недвижимое имущество допускается въ томъ только случаѣ, когда отдѣльное взысканіе или общая сумма взысканій съ одного и того же лица не превышаетъ 50 рублей [2]). Относительно продажи крестьянскаго имущества въ законѣ 29 декабря имѣется ссылка на положеніе 19 февраля 1861 г. [3]). Но эта ссылка представляется совершенно излишнею и можетъ навести на ту ошибочную мысль, что лишь благодаря закону 29 декабря, въ отмѣну правилъ устава гражданскаго судопроизводства, соблюдаются особыя, надо думать, льготныя постановленія положенія 19 февраля 1861 г. Это совершенно невѣрно. Въ ст. 935 пр. 1 уст. гражд. суд. имѣется ссылка на правила положенія 19 февраля, правила, которыя и должны быть примѣняемы при взысканіи съ крестьянскаго имущества, а эта статья устава гражданскаго судопроизводства признана закономъ 29 декабря обязательной и для земскихъ начальниковъ. Такъ что и безъ особой ссылки правила положенія 19 февраля должны бы были примѣняться земскими начальниками, какъ и примѣняются они мировыми судьями. Если сравнить эти правила съ правилами устава гражданскаго судопроизводства [4]), то окажется, что они мало чѣмъ отъ нихъ рознятся. Все различіе сводится къ тому, что по положенію 19 февраля: 1) къ описи имущества отдѣльныхъ крестьянъ приглашаются сельскій староста и волостной старшина, для опредѣленія того, какая часть имущества можетъ быть продана безъ разстройства хозяйства [5]); 2) при взысканіи съ цѣлаго общества, въ опись вносится все движимое имущество его, но опись представляется земскому начальнику для отмѣтки, что не можетъ быть продано безъ разоренія хозяйства [6]); 3) взысканіе не можетъ быть обращено на земли (и принадлежности хозяйства), пріобрѣтенныя посредствомъ выкупной операціи [7]), и 4) изъ взысканной суммы уплачиваются сначала недоимки всякаго рода, а затѣмъ уже судебныя издержки и частные долги [8]).

Наконецъ, надо замѣтить, что всѣ должностныя лица, исполняющія рѣшенія, получаютъ вознагражденіе по таксѣ, установленной для судебныхъ приставовъ, состоящихъ при мировыхъ съѣздахъ области войска Донскаго (п. с. з. 1871 г. № 49653); вознагражденіе это уплачивается взыскателемъ и при взысканіи возмѣщается отвѣтчикомъ [9]).

14) *Обжалованіе.* Система обжалованія представляется въ слѣдующемъ видѣ: по дѣламъ, рѣшаемымъ земскими начальниками окончательно, т.-е. цѣною не свыше 30 руб., кассаціонной инстанціей является судебное присут-

---

[1]) Ibid, ст. 108.
[2]) Ibid, ст. 107.
[3]) Ibid, ст. 106.
[4]) Ст. 943 п. 1163 и др. уст. гражд. суд.
[5]) Прил. къ прим. 3 ст. 24; общ. полож. ст. 2.
[6]) Ibid, ст. 4 и 5.
[7]) Полож. о вык. ст. 120.
[8]) Прил. къ прим. 3 ст. 24; общ. полож. ст. 3 и 6.
[9]) Прав. произв. ст. 110.

ствіе уѣзднаго съѣзда, состоящее, подъ предсѣдательствомъ уѣзднаго предводителя дворянства, изъ уѣзднаго члена окружнаго суда, почетныхъ мировыхъ судей, городскихъ судей и земскихъ начальниковъ [1]); по остальнымъ дѣламъ— оно же апелляціонная инстанція; по отношенію же къ нему кассаціонная инстанція — губернское присутствіе, состоящее, подъ предсѣдательствомъ губернатора, изъ губернскаго предводителя дворянства, предсѣдателя или члена окружнаго суда и двухъ непремѣнныхъ членовъ [2]); но, по предложенію министра юстиціи, дѣла эти могутъ восходить до соединеннаго присутствія перваго и гражданскаго кассаціоннаго департаментовъ сената.

а) *Апелляція*. Правила о порядкѣ принесенія апелляціонныхъ жалобъ воспроизведены изъ первой книги устава (ст. 162 — 165 уст. гражд. суд.) [3]), съ нѣкоторыми добавленіями изъ второй книги, иногда нѣсколько измѣненными. Такъ, изъ второй книги взято правило о вліяніи смерти тяжущагося, послѣдовавшей до истеченія срока апелляціи (ст. 751, 752 [4]), о возвращеніи жалобы и объ оставленіи ея безъ движенія (ст. 755, 756 [5]). Послѣднее изъ этихъ правилъ подверглось измѣненію въ томъ смыслѣ, что неприложеніе копій апелляціи въ надлежащемъ числѣ является поводомъ не оставленія жалобы безъ движенія, а возвращенія ея. Чѣмъ себѣ объяснить такую строгость, да еще въ упрощенномъ процессѣ, каковъ процессъ у земскихъ начальниковъ? Не объ увеличеніи поводовъ такой суровой мѣры, какъ возвращеніе жалобы, надо было позаботиться, а объ уменьшеніи ихъ до возможнаго minimum'а. Можно бы было оставить лишь одинъ, а именно пропущеніе срока, не признавъ таковымъ поводомъ даже отсутствіе у повѣреннаго полномочія на принесеніе жалобы. Если, какъ допускаетъ законъ, жалоба можетъ быть прислана „по почтѣ или инымъ способомъ“ [6]), то придавать такое важное значеніе неимѣнію полномочія неосновательно. Вѣдь подъ понятіе „инымъ способомъ“ подходитъ и подача жалобы совершенно постороннимъ лицомъ.

Къ числу правилъ второй книги устава, не вошедшихъ въ законъ 29 декабря, но имѣющихъ обязательное значеніе для земскихъ начальниковъ, должно быть отнесено правило 747 ст., по которому не почитаются новыми требованія приращеній и процентовъ и, вмѣсто отчужденнаго или утраченнаго имущества, стоимости его. Требованія эти зиждутся на томъ же основаніи, какъ и первоначальныя, а потому ни нарушенія порядка въ процессѣ, ни неудобствъ для противной стороны отъ предъявленія этихъ требованій въ апелляціонномъ судѣ ожидать нельзя. Это вполнѣ согласно и съ духомъ закона, не запрещающаго измѣненія иска: если законъ не боится неудобствъ измѣненія иска, то было бы странно опасаться неудобствъ отъ предъявленія требованій приращеній и процентовъ и цѣнности вещи вмѣсто самой ея. Наконецъ, въ виду предоставленія земскому начальнику вообще „въ случаяхъ, заслуживающихъ уваженія“ права назначать сроки, давать отсрочки и возстановлять пропущенные сроки, по правиламъ устава (ст. 817, 832 — 838 уст. гражд. суд. [7]), для земскихъ начальниковъ обязательны и другія статьи второй книги, а именно ст. 753, 781 и 782 уст. гражд. суд.

Что касается порядка производства въ уѣздныхъ съѣздахъ [8]), то соотвѣтствующія правила первой книги устава (ст. 170 — 184) подверглись

[1]) Полож. о земск. нач. ст. 73.
[2]) Ibid, ст. 105, 106.
[3]) Прав. произв. ст. 111, 112.
[4]) Ibid, ст. 116.
[5]) Ibid, ст. 113, 114.
[6]) Ibid, ст. 112.
[7]) Ibid, ст. 17.
[8]) Ibid, ст. 117—127.

болѣе или менѣе существеннымъ измѣненіямъ. Самое существенное изъ нихъ, совершенно измѣнившее смыслъ апелляціи,—скажу болѣе: упразднившее ее—это то, что съѣзды хотя и „входятъ въ разсмотрѣніе" всѣхъ имѣющихся въ дѣлѣ доказательствъ въ предѣлахъ, необходимыхъ для разрѣшенія принесенной жалобы, но обязаны провѣрить только тѣ изъ нихъ, отъ повѣрки коихъ земскій начальникъ уклонился безъ достаточныхъ основаній. Апелляція есть *перерѣшеніе* дѣла по существу, законъ же 29 декабря возстановилъ у насъ старую *ревизію* дѣлъ, т.-е. провѣрку протоколовъ, документовъ и рѣшенія. Въ дореформенномъ законодательствѣ мы находимъ такое опредѣленіе этой ревизіи и порядка ея производства: „ревизія гражданскихъ дѣлъ, говоритъ законъ, есть внимательное разсмотрѣніе—произведено ли оно порядочно и сходственно съ законами, сколь для приведенія въ ясность права оправданной стороны, столь и для опроверженія мнимаго права противной стороны; на сей конецъ составляются изъ дѣла и апелляціонной жалобы выписки... Выписки прочитываются въ докладѣ... По окончаніи доклада судъ обсуждаетъ дѣло и постановляетъ по оному рѣшеніе" (т. X ч. 2 изд. 1857 г. ст. 533—540). Законъ 29 декабря воскресилъ этотъ безжизненный, бумажный процессъ. Драгоцѣнная черта апелляціоннаго производства и есть та, что передъ судомъ болѣе авторитетнымъ развертывается полная картина прежняго спора, неправильно разрѣшеннаго низшимъ судомъ. Убѣдиться въ этой неправильности можно лишь ставъ совершенно въ положеніе прежняго суда; для апелляціоннаго суда стараго дѣла не существуетъ; онъ перерѣшаетъ дѣло „съ головы". Мало того, если со времени окончанія дѣла обнаружились новыя данныя, убѣждающія въ неправильности прежняго рѣшенія, то апелляціонный судъ долженъ ихъ имѣть въ виду; суду этому могутъ быть предъявлены новыя доказательства. Существо апелляціи требуетъ, чтобы на всякое рѣшеніе низшаго суда могла быть принесена жалоба; поводовъ законъ не выставляетъ, а если отъ апеллятора и требуется указаніе на то, въ чемъ заключается неправильность, то только для опредѣленія предѣловъ, границъ, далѣе которыхъ апелляціонный судъ можетъ и не идти. При такихъ условіяхъ нельзя ограничиться одной провѣркой: она обращается въ простую, никому не нужную, формальность. Апелляціею по закону 29 декабря и будетъ „внимательное разсмотрѣніе произведено ли дѣло порядочно"—ни новыхъ фактовъ, ни новыхъ доказательствъ стороны приводить не могутъ. Это приведетъ къ вырожденію апелляціи—одной изъ существеннѣйшихъ гарантій правосудія. Другое измѣненіе состоитъ въ томъ, что свидѣтели, живущіе отъ мѣста нахожденія суда не далѣе 25 верстъ, должны явиться лично; остальные, хотя и вызываются, но могутъ не являться [1]). Это правило, конечно, цѣлесообразно; это тотъ крайній случай, въ которомъ необходимо сдѣлать исключеніе изъ правила о совершенномъ перерѣшеніи дѣла при апелляціи. Но правило это будетъ очень рѣдко примѣняться, ибо очень рѣдки будутъ случаи передопроса свидѣтелей.

Затѣмъ, внесены въ новый законъ два правила изъ второй книги устава, одно—соблюдавшееся мировыми судьями, другое—не соблюдавшееся, потому что въ первой книгѣ устава имѣлось противоположное. А именно: во первыхъ, съѣздъ обязанъ разрѣшить каждое дѣло по существу, не возвращая его земскому начальнику къ новому производству и рѣшенію (ст. 772 уст. гражд. суд. [2]) и во вторыхъ, неявка сторонъ не останавливаетъ разбирательства (ст. 770 уст. гражд. суд.) [3]). Относительно втораго положенія не можетъ не броситься въ глаза рѣшительная противоположность въ возрѣ-

[1]) Ibid, ст. 121.
[2]) Ibid, ст. 124.
[3]) Ibid, ст. 119.

ніяхъ составителей новаго закона и составителей уставовъ: то, что послѣдніе внесли въ сложный процессъ и исключили изъ упрощеннаго, то первые внесли въ упрощенный. Объясняется это тѣмъ, что составители устава создали апелляцію, а составители новаго закона—ревизію; при апелляціи присутствіе тяжущихся въ апелляціонномъ судѣ желательно и необходимо, особенно если процессъ чисто устный; отсутствіе ихъ можетъ быть допущено лишь въ процессѣ письменномъ; тамъ, если тяжущіеся не являются, то даютъ суду, право остановиться на прежнемъ производствѣ; при ревизіи, гдѣ все дѣло въ этомъ прежнемъ производствѣ, въ присутствіи тяжущихся и надобности нѣтъ.

Въ практикѣ уѣздныхъ съѣздовъ еще болѣе чѣмъ въ практикѣ земскихъ начальниковъ скажутся своеобразные кодификаціонные пріемы составленія закона 29 декабря; для нихъ всего ощутительнѣе будетъ изолированность этого закона, какъ бы вырваннаго изъ цѣлой системы законоположеній. Разбирательство дѣла въ съѣздѣ, говоритъ законъ, производится такимъ же порядкомъ, какъ у земскихъ начальниковъ [1]). По уставу имѣетъ смыслъ правило, по которому палаты примѣняютъ правила, установленныя для окружныхъ судовъ (ст. 777 уст. гражд. суд.), ибо оба эти суда коллегіальны; но вѣдь земскій начальникъ единоличный судья, а съѣздъ коллегія. Это вызываетъ цѣлый рядъ вопросовъ, не предусмотрѣнныхъ закономъ, но настоятельно требующихъ разрѣшенія. Какъ быть, когда при рѣшеніи дѣла голоса подѣлятся такъ, что образуется болѣе двухъ мнѣній? Должны ли быть отдѣлены вопросы факта отъ вопросовъ права? Въ какомъ порядкѣ отбираются голоса? Всѣ эти вопросы, въ виду ст. 1 закона 29 декабря, ст. 9 и 777 уст. гражд. суд. должны быть рѣшены на основаніи ст. 693—699 уст. гражд. суд. Наконецъ, нельзя не пожалѣть, что два такихъ важныхъ института какъ втрѣчная апелляція (ст. 764) и присоединеніе къ апелляціи (ст. 788) не внесены въ новый законъ, соотвѣтствующія же статьи устава, какъ дающія совершенно исключительныя права, уѣздными съѣздами примѣнены быть не могутъ.

б) *Частныя жалобы*. Правила первой книги устава (ст. 166—169) вошли въ новый законъ съ однимъ лишь измѣненіемъ; какъ мы видѣли выше, частныя жалобы по поводу обезпеченія иска и предварительнаго исполненія могутъ быть подаваемы лишь въ тѣхъ случаяхъ, когда то или другое обязательно по закону [2]). Далѣе, изъ второй книги устава для земскихъ начальниковъ обязательны: 1) правило, по которому подача частной жалобы не пріостанавливаетъ ни производства дѣла, ни приведенія обжалованнаго опредѣленія въ исполненіе (ст. 787 уст. гражд. суд.); обязательность эта вытекаетъ изъ того, что подобное пріостановленіе возможно лишь въ случаяхъ, прямо въ законѣ указанныхъ, а подача частной жалобы не принадлежитъ къ числу этихъ случаевъ; 2) правило, предписывающее сообщать ex officio опредѣленіе высшаго суда въ судъ, на который жалоба принесена (ст. 791 уст. гражд. суд.); это вытекаетъ изъ существа опредѣленія по частной жалобѣ, какъ отмѣняющаго или оставляющаго въ силѣ отдѣльныя распоряженія судьи.

в) *Кассація*. Правила кассаціоннаго обжалованія заимствованы частью изъ первой (ст. 192, 192), частью изъ второй книги устава гражданскаго судопроизводства (ст. 802, 806, 814), частью же изъ устава уголовнаго судопроизводства (ст. 917 уст. гражд. суд.), съ нѣкоторыми болѣе или менѣе существенными измѣненіями.

Прежде всего бросается въ глаза разница въ поводахъ кассацій. Изъ

---

[1]) Ibid, ст. 115.

[2]) Ibid. ст. 117.

прежнихъ поводовъ остались: обнаруженіе новыхъ обстоятельствъ или подлога и нарушеніе рѣшеніемъ правъ третьяго лица; затѣмъ совершенно не упоминается о нарушеніи предѣловъ вѣдомства и власти апелляціоннаго суда и, наконецъ, вмѣсто „нарушенія прямого смысла закона или неправильнаго его толкованія и нарушенія обрядовъ и формъ судопроизводства столь существенныхъ, что вслѣдствіе несоблюденія ихъ невозможно признать приговоръ въ силѣ судебнаго рѣшенія“, находимъ „постановленіе рѣшенія по дѣлу, изъятому изъ вѣдомства земскихъ начальниковъ, и допущеніе при производствѣ и рѣшеніи дѣла столь существеннаго нарушенія закона, что вслѣдствіе того приговоръ нельзя признать въ силѣ судебнаго рѣшенія“ (ст. 128, 186, 792, 793 уст. гражд. суд.) [1]). Что касается неупоминанія о нарушеніи съѣздомъ предѣловъ вѣдомства и власти, то противъ этого только можно возразить, что въ этомъ умолчаніи не было никакой надобности, хотя особенно вредныхъ послѣдствій это имѣть не будетъ; въ виду того, что рѣшеніе дѣла, изъятаго изъ вѣдомства земскихъ начальниковъ, есть поводъ кассаціи, подъ него подойдутъ и тѣ случаи, когда съѣздъ нарушаетъ предѣлы своей *власти*, т.-е. принимаетъ къ своему разсмотрѣнію такое дѣло, по которому онъ, въ виду подвѣдомственности дѣла не земскому начальнику, а другому суду, апелляціонной инстанціей быть не можетъ, напр., когда дѣло подвѣдомственно окружному суду; остаются, затѣмъ, случаи, когда съѣздъ нарушаетъ предѣлы *вѣдомства*, т.-е. принимаетъ къ разсмотрѣнію дѣло, по которому апелляціонной инстанціей является другой съѣздъ; случаи эти почти невозможны, а если бы таковые и произошли, то правосудіе отъ этого не пострадаетъ.

Что касается, наконецъ, замѣны прежнихъ поводовъ кассаціи другими, то съ перваго взгляда представляется, что новый законъ рѣшительно измѣнилъ прежнее положеніе; при ближайшемъ же разсмотрѣніи оказывается, что ничего подобнаго не произошло, а все осталось попрежнему. Нарушеніе смысла закона, неправильное его толкованіе и нарушеніе существенныхъ обрядовъ и формъ судопроизводства, какъ поводы кассаціи по уставу, сводятся въ сущности къ двумъ: нарушеніе матеріально-правовыхъ законовъ и нарушеніе *существенныхъ* процессуальныхъ законовъ. Редакторы устава хорошо понимали, что признакъ существенности можетъ быть примѣненъ лишь къ нарушеніямъ процессуальныхъ законовъ; нарушеніе ихъ, выразившееся въ несоблюденіи обрядовъ и формъ судопроизводства, можетъ быть и несущественно; хотя бы данное упущеніе и было сдѣлано, но оно, конечно in hypothesi, можетъ и не оказывать никакого вліянія на рѣшеніе; будетъ или не будетъ соблюдена процессуальная норма—рѣшеніе можетъ остаться тѣмъ же самымъ. Чтобы не дѣлать кассацію средствомъ затягивать процессъ, и было вполнѣ раціонально ограничить отмѣну рѣшеній случаями нарушенія такихъ процессуальныхъ нормъ, которыя имѣютъ существенное значеніе, т.-е. относительно которыхъ можно сказать, что если бы онѣ были соблюдены, то могло бы получиться противоположное рѣшеніе. Не то мы видимъ при нарушеніи судомъ матеріально-правовой нормы: неправильное примѣненіе и неправильное толкованіе законовъ, на основаніи коихъ долженъ быть разрѣшенъ споръ, всегда имѣютъ существенное значеніе для разрѣшенія дѣла. Нельзя себѣ представить такого случая, когда бы извращеніе смысла закона или невѣрная юридическая квалификація факта, не имѣли бы существеннаго значенія, т.-е. чтобы при этихъ условіяхъ „приговоръ могъ бы быть признанъ въ силѣ судебнаго рѣшенія“. Когда тяжущійся въ кассаціонной жалобѣ указываетъ на нарушенія низшимъ судомъ матеріально-правовой нормы, то онъ дѣлаетъ это съ тою цѣлью, чтобы доказать, что его матеріальное право нарушено, что судомъ не признано то,

[1]) Ibid, ст. 129.

что слѣдовало. Обращаться къ кассаціонному суду съ жалобой, какъ это признано и сенатомъ, можетъ лишь тотъ, чьи права нарушены судебнымъ рѣшеніемъ, а права его могутъ быть нарушены, когда судъ неправильно истолкуетъ или примѣнитъ законъ. Нарушеніе права судомъ и неправильное толкованіе или примѣненіе нормы, опредѣляющей это право, всегда неразрывно связаны; при неправильномъ толкованіи или примѣненіи закона субъективное право не можетъ не быть нарушено; а если нарушено судомъ субъективное право, то приговоръ не можетъ быть признанъ въ силѣ судебнаго рѣшенія. Примѣнимъ эти соображенія къ новымъ поводамъ кассаціи. Къ таковымъ причислено, какъ мы видѣли прежде всего, постановленіе рѣшенія по дѣлу, изъятому изъ вѣдомства земскаго начальника. Этотъ поводъ, какъ выражается въ другомъ мѣстѣ самъ законъ 29 декабря, есть „нарушеніе законовъ о подсудности" [1]), т.-е. одинъ изъ случаевъ существеннаго нарушенія процессуальныхъ нормъ. Затѣмъ, законъ говоритъ о допущеніи при *производствѣ* или *рѣшеніи* дѣла столь существеннаго нарушенія закона, что приговоръ нельзя признать въ силѣ судебнаго рѣшенія. Въ этомъ также мы находимъ, собственно, два повода кассаціи: первымъ является допущеніе при *производствѣ* дѣла существенныхъ нарушеній закона, т.-е. существенное нарушеніе процессуальныхъ законовъ, ибо законы о производствѣ дѣла суть ничто иное, какъ законы процессуальные, судопроизводственные, законы объ обрядахъ или формахъ производства; иначе мысль закона можетъ быть выражена такъ: „когда судъ допустилъ нарушеніе существенаго обряда или формы судопроизводства". Другимъ поводомъ является допущеніе при *рѣшеніи* дѣла столь существенныхъ нарушеній закона, что приговоръ не можетъ быть признанъ въ силѣ судебнаго рѣшенія. Здѣсь подъ закономъ, касающемся *рѣшенія* дѣла, слѣдуетъ понимать ничто иное, какъ законъ матеріально-правовой, какъ законъ, по которому *рѣшается* дѣло. Нельзя же предположить, что законъ, говоря о законахъ, примѣняемыхъ при *производствѣ* и *рѣшеніи* дѣла, придаетъ этимъ двумъ словамъ тождественное значеніе; при разсмотрѣніи дѣла хотя и примѣняются законы процессуальные, но вѣдь это суть законы производства; кромѣ этихъ законовъ судъ для рѣшенія дѣла долженъ примѣнять и матеріально-правовыя нормы. Если такъ, то поводомъ кассаціи явится нарушеніе законовъ матеріально-правовыхъ; нарушеніе же можетъ состоять въ неправильномъ толкованіи и неправильномъ примѣненіи матеріально-праваго закона; другими словами, какъ говоритъ уставъ, поводомъ кассаціи является нарушеніе смысла закона и неправильное его толкованіе. Но законъ 29 декабря, говоря о нарушеніи законовъ производства и законовъ рѣшенія дѣла совмѣстно, прибавилъ выраженіе, одинаково отнесенное къ нарушенію и тѣхъ и другихъ законовъ, а именно, что нарушеніе ихъ должно быть столь существеннымъ, что приговоръ нельзя признать въ силѣ судебнаго рѣшенія. Выше мы уже указали, что всѣ нарушенія судомъ матеріально-праваго закона только и могутъ быть существенны; въ виду этого и выраженіе: „столь существенныхъ, что приговоръ не можетъ быть признанъ въ силѣ судебнаго рѣшенія" только и можетъ быть отнесено къ нарушенію законовъ „производства", а не законовъ „рѣшенія". Если имѣть въ виду все изложенное, то придется признать, что въ законѣ 29 декабря, въ другой формѣ выражено то, что имѣется въ уставѣ, т.-е. что поводами кассаціи являются: нарушеніе обрядовъ и формъ судопроизводства столь существенныхъ, что приговоръ не можетъ быть признанъ въ силѣ судебнаго рѣшенія и нарушеніе прямого смысла закона и неправильное его толкованіе (ст. 186 пп. 1 и 2, 798 пп. 1 и 2 уст. гражд. суд.). Выводъ этотъ, въ практическомъ своемъ примѣненіи, сулитъ мало хорошаго въ буду-

[1]) Ibid, ст. 131 съ ссылкою на 1 п. 129 ст.

щемъ. Функціи, принадлежащія по уставу кассаціоннымъ департаментамъ сената, перенесены на губернское присутствіе: послѣднему присвоено полностью значеніе кассаціоннаго суда. По самой идеи своей кассаціонный судъ является компетентнѣйшимъ въ системѣ судебныхъ установленій учрежденіемъ, учрежденіемъ, состоящимъ изъ лицъ, обладающихъ обширными теоретическими и практическими знаніями; дѣло окончательнаго рѣшенія вопросовъ о смыслѣ закона только и можетъ быть ввѣрено учрежденію, стоящему на высокой ступени знанія и опытности,—на него уже нѣтъ суда, выше его нѣтъ судебнаго авторитета. Является ли таковымъ учрежденіемъ губернское присутствіе? Сомнѣваемся. Въ составъ этого учрежденія входятъ: три администратора—губернаторъ, вице-губернаторъ и губернскій предводитель дворянства, два мѣстныхъ дворянина—непремѣнные члены и всего два юриста—предсѣдатель или членъ и прокуроръ или товарищъ прокурора окружнаго суда. Для рѣшенія труднѣйшихъ вопросовъ наукъ гражданскаго права и процесса, (наукъ, на изученіе которыхъ уходятъ лучшіе годы жизни юриста), вопросовъ, по которымъ имѣется обширная литература съ безконечнымъ рядомъ спорныхъ ученій, ученій, надъ которыми трудились цѣлыя поколѣнія въ теченіи цѣлыхъ вѣковъ — для рѣшенія всѣхъ этихъ вопросовъ недостаточно стоять на высокой ступени административной іерархіи и недостаточно знать мѣстныя условія быта. Въ вопросахъ этихъ могутъ оріентироваться лишь два члена присутствія—предсѣдатель или членъ окружнаго суда и прокуроръ или его товарищъ. Но вѣдь и они суть представители такой судебной коллегіи, рѣшенія которой подлежитъ провѣркѣ еще двухъ инстанцій, и они по своему положенію въ судебной іерархіи считаются еще далеко не подготовленными къ окончательному рѣшенію вопроса о смыслѣ закона. На это могутъ возразить, что мировымъ съѣздамъ тоже была присвоена кассаціонная функція, а между тѣмъ составъ ихъ тоже не былъ удовлетворителенъ. Совершенно вѣрно, но вѣдь большая разница въ компетенціи съѣздовъ и губернскихъ присутствій. Число 30-ти рублевыхъ дѣлъ было ничтожно; но вѣдь теперь въ кассаціонномъ порядкѣ разсматриваются губернскимъ присутствіемъ дѣла до 300, а иногда до 500 рублей. Цифра этихъ дѣлъ относится къ цифрѣ дѣлъ, по которымъ мировой съѣздъ былъ кассаціонною инстанціею, не такъ, какъ 300 къ 30, а вѣрнѣе какъ 30,000 къ 30,—это подавляющая масса самыхъ важныхъ для мѣстнаго населенія споровъ. Губернское присутствіе не обладаетъ достаточными гарантіями для правильнаго рѣшенія этихъ споровъ. Сами составители закона какъ бы это сознаютъ и дѣлаютъ такое предположеніе, которымъ подрывается авторитетъ и обаяніе кассаціоннаго суда. Они допускаютъ въ дѣятельности губернскаго присутствія возможность случаевъ *явнаго* отступленія отъ *истиннаго* смысла закона, ставя этотъ кассаціонный судъ подъ контроль министра юстиціи [1]).

Подаются кассаціонныя жалобы на рѣшенія земскихъ начальниковъ — земскому начальнику, постановившему рѣшеніе, на рѣшенія съѣзда—уѣздному члену окружнаго суда, состоящему при съѣздѣ [2]), причемъ при подачѣ, принятіи и возвращеніи этихъ жалобъ примѣняются правила, установленныя для съѣздовъ, дѣйствующихъ въ порядкѣ апелляціонномъ [3]), такъ, что напр., представленія кассаціоннаго залога не требуется, къ чему нельзя не отнестись съ полнымъ сочувствіемъ. Подача жалобы не имѣетъ такъ называемаго суспенсивнаго эфекта—законъ въ этомъ случаѣ воспроизвелъ правила второй книги устава, ст. 814 [4]). Наконецъ, правила исчисленія сроковъ подачи этихъ жа-

¹) В. у. мн. госуд. сов. 29 декабря III., 1.

²) Прав. произв. ст. 130.

³) Ibid, ст. 133.

⁴) Ibid, ст. 131.

лобъ тоже воспроизведены изъ устава (ст. 192, 806 уст. гражд. суд. [1]), Что касается разбирательства дѣла, то день его назначается предсѣдателемъ, причемъ стороны не вызываются; вывѣшивается лишь объявленіе въ помѣщеніи съѣзда или присутствія [2]). Начинается разбирательство съ доклада дѣла: въ съѣздѣ—однимъ изъ членовъ, въ губернскомъ присутствіи—непремѣннымъ членомъ; затѣмъ происходитъ состязаніе сторонъ; за нимъ слѣдуетъ „въ подлежащихъ случаяхъ" [3]) заключеніе прокурора и, наконецъ, постановляется рѣшеніе [4]). Разбирательство происходитъ: въ съѣздѣ публично, въ присутствіи — тайно [5]). Особеннаго вниманія заслуживаютъ два указанныхъ отступленія отъ устава: 1) прокуроръ даетъ заключеніе въ присутствіи, и въ съѣздѣ въ кассаціонномъ производствѣ, лишь „въ подлежащихъ случаяхъ", т.-е. надо думать, въ тѣхъ же случаяхъ, какъ и при апелляціонномъ производствѣ. Этотъ вопросъ прямо не разрѣшенъ и первой книгой устава, но сенатъ преподалъ то, согласное съ существомъ прокурорскаго заключенія въ кассаціонномъ производствѣ, правило, по которому въ мировыхъ съѣздахъ, какъ и въ сенатѣ, по всѣмъ дѣламъ, разсматриваемымъ въ кассаціонномъ порядкѣ, необходима дача прокурорскаго заключенія (кас. рѣш. 1879 г., № 218). Кромѣ такого общаго соображенія, по которому заключеніе требуется въ дѣлахъ связанныхъ съ публичнымъ интересомъ, а дѣла кассаціонныя, въ коихъ рѣшается вопросъ о смыслѣ закона, и принадлежатъ къ этой категоріи, кромѣ этого общаго соображенія, заставляющаго признать безусловную необходимость участія прокурора при разсмотрѣніи дѣла въ съѣздахъ и присутствіяхъ въ кассаціонномъ порядкѣ, нельзя не удивиться тому, что составители закона 29 декабря упустили другое соображеніе характера чисто практическаго, а именно, что именно въ уѣздныхъ съѣздахъ, гдѣ юридическій элементъ такъ слабо представленъ, участіе прокурора желательно въ возможно большемъ числѣ дѣлъ. Въ губернскихъ присутствіяхъ разсматриваемое ограниченіе не повлечетъ за собою съ этой стороны невыгодныхъ послѣдствій, ибо въ тѣхъ случаяхъ, когда заключеніе прокурора не обязательно, онъ въ этомъ присутствіи участвуетъ въ рѣшеніи дѣла въ качествѣ члена [6]). 2) Засѣданія губернскаго присутствія по гражданскимъ дѣламъ происходятъ при закрытыхъ дверяхъ. Мы рѣшительно отказываемся понимать соображенія, по которымъ установлено подобное правило; какія невыгоды можно ожидать отъ того, что дѣла о смыслѣ и примѣненіи статей 1 ч. X т. устава гражд. суд., законовъ 12 іюля и 29 декабря и др. будутъ разсматриваться публично? Не надо забывать, что тѣ же дѣла разсматриваются въ двухъ инстанціяхъ — у земскаго начальника и въ уѣздномъ съѣздѣ — публично, а вдругъ въ кассаціонномъ судѣ, гдѣ фактическое содержаніе дѣла отодвигается на второй планъ, оно разсматривается при закрытыхъ дверяхъ. Или, можетъ быть, нежелательно, чтобы губернская публика знакомилась съ гражданскими дѣлами? Но вѣдь если она ими интересуется, то можетъ знакомиться съ ними въ окружномъ судѣ, въ судебной палатѣ. Мы понимаемъ тайныя засѣданія губернскаго присутствія по административнымъ дѣламъ, но въ судебныхъ дѣлахъ, да еще невиннѣйшихъ, гражданскихъ, отказываемся понимать. Въ дѣлахъ перваго рода можетъ еще имѣть значеніе то соображеніе, что нежелательно оглашеніе видовъ правительства; оглашеніе это весьма возможно, когда въ составѣ присутствія засѣдаетъ гу-

---

[1]) Ibid, ст. 132.
[2]) Ibid, ст. 134, 135.
[3]) Полож. о зем. нач. ст. 106.
[4]) Прав. произв. ст. 136.
[5]) Ibid, ст. 135.
[6]) Полож. о зем. нач. ст. 105, 106.

бернаторъ, вице-губернаторъ и другія должностныя лица, но вѣдь въ дѣлахъ судебно-гражданскихъ никакихъ такихъ „видовъ“ быть не можетъ: рѣчь идетъ только о возстановленіи смысла закона.

Наконецъ, что касается послѣдствій кассаціонной отмѣны, то въ законѣ 29 декабря имѣется лишь одно положеніе: если рѣшеніе отмѣнено по нарушенію законовъ о подсудности, то съѣздъ или присутствіе прекращаютъ производство; если же оно отмѣнено по другимъ основаніямъ, то дѣло обращается для новаго разсмотрѣнія и разрѣшенія къ тому же или къ другому земскому начальнику, или въ тотъ же или въ другой уѣздный съѣздъ [1]). Первая часть этого положенія восполняетъ собою одинъ изъ пробѣловъ устава, но, во-первыхъ, пробѣлъ этотъ несущественъ и былъ восполненъ практикой, и во-вторыхъ, указывается лишь одинъ, но далеко не всѣ возможные случаи, когда послѣдствіемъ отмѣны является прекращеніе производства. Дѣло въ томъ, что, на основаніи ст. 809 уст. гражд. суд., въ случаѣ отмѣны рѣшенія, сенатъ обращаетъ дѣло къ новому производству. При этомъ разумѣется само собою, что обращеніе къ новому производству допускается тогда, когда оно возможно,—объ этомъ незачѣмъ было и упоминать; въ нѣкоторыхъ же случаяхъ это дѣйствительно невозможно, а именно: когда не соблюдено одно изъ условій возникновеній процесса; въ этомъ случаѣ за отмѣною рѣшенія только и можетъ слѣдовать прекращеніе производства. Новый законъ восполнилъ этотъ „пробѣлъ“, но неудачно. Онъ указалъ на одинъ изъ случаевъ, когда обращеніе къ новому разсмотрѣнію дѣла невозможно въ виду нарушенія правилъ о подсудности и тѣмъ какъ бы устранилъ возможность прекращенія производства въ другихъ случаяхъ нарушенія условій возникновенія процесса. Неужели съѣздъ или присутствіе не прекратятъ производство, а передадутъ земскому начальнику или съѣзду для новаго разсмотрѣнія дѣла, по которому рѣшеніе отмѣнено, потому, напр., что искъ предъявленъ противъ ненадлежащаго отвѣтчика или исковаго прошенія не было подано и т. п.? Лучше было бы вовсе не восполнять пробѣла, чѣмъ такъ, какъ онъ восполненъ. Во второй части разсматриваемаго правила говорится, что послѣ отмѣны рѣшенія дѣло переходитъ для новаго разсмотрѣнія *къ тому же* или другому земскому начальнику, или *въ тотъ же* или другой уѣздный съѣздъ. Благодаря этому, одному и тому же земскому начальнику придется рѣшать одно и тоже дѣло два раза: разъ—по собственному убѣжденію въ одномъ смыслѣ, и въ другой разъ—по указанію кассаціонной инстанціи въ смыслѣ противоположномъ. Составители устава отнеслись въ этомъ случаѣ гораздо деликатнѣе къ судейской совѣсти, прямо предписывая, что дѣло должно перейти къ другому суду (ст. 809 уст. гражд. суд.). Если разъ судья рѣшилъ дѣло въ извѣстномъ смыслѣ, то невозможно ставить его въ такое фальшивое положеніе, чтобы онъ, послѣ отмѣны рѣшенія, объявилъ тяжущимся рѣшеніе, противоположное первому. Независимо отъ этого субъективнаго, внутренняго неудобства, имѣется неудобство болѣе объективное, внѣшнее. Едва ли въ интерасахъ государства паденіе престижа судей въ глазахъ населенія; напротивъ, желательно, именно, возможное возвышеніе ихъ достоинства. Съ этой стороны постановленіе судьи въ необходимость сегодня постановить одно рѣшеніе, а черезъ мѣсяцъ другое, въ противоположномъ смыслѣ, по предписанію съѣзда, должно уронить судью въ глазахъ населенія.

Скудными правилами закона 29 декабря о кассаціонномъ производствѣ съѣзды и присутствія ограничиться не могутъ; имъ придется за разрѣшеніемъ тѣхъ или другихъ вопросовъ обращаться ко второй книгѣ устава и примѣнять тѣ правила, которыя вытекаютъ изъ существа кассаціи. Такъ, и для

[1]) Ibid, ст. 131.

нихъ обязательны: 1) правила, по которымъ требуется въ кассаціонной жалобѣ указаніе на основаніи незаконности (ст. 792 уст. гражд. суд.), а въ просьбѣ третьяго лица—указаніе на то, какая часть рѣшенія нарушаетъ его права (ст. 779); 2) правило, по которому пересмотръ рѣшенія допускается лишь тогда, когда вновь открытое обстоятельство или подлогъ измѣняютъ существо рѣшенія (ст. 805); нельзя по этому поводу не замѣтить, что, какъ мы видѣли выше, „существенности" придано новымъ закономъ значеніе тамъ, гдѣ она никакого значенія имѣть не можетъ, а въ данномъ случаѣ, при пересмотрѣ не придано, а между тѣмъ тутъ то она и имѣетъ серьезное значеніе; 3) правило, по которому отмѣняется рѣшеніе лишь въ тѣхъ частяхъ, которыя относятся до права третьяго лица (ст. 807); распространять отмѣну далѣе этихъ предѣловъ было бы неразумно; 4) примѣняется и правило, по которому вторичная кассаціонная жалоба, послѣ отказа просителю въ отмѣнѣ не принимается (ст. 808); это отрицательное правило разумѣется само собой, особенно въ такомъ ускоренномъ процессѣ, какъ у земскихъ начальниковъ; если разъ рѣшеніе кассаціоннымъ судомъ признано законнымъ, то нельзя дозволить частнымъ лицамъ вторично заставить этотъ судъ разсмотрѣть дѣло. Наконецъ, въ законѣ 29 декабря нѣтъ ни одного правила, преподаннаго въ руководство тому органу суда, къ которому дѣло переходитъ на новое разсмотрѣніе. а) Было бы противно здравому смыслу не примѣнять правила ст. 810 уст. гражд. суд. и въ случаѣ отмѣны рѣшенія вслѣдствіе нарушенія существенныхъ обрядовъ и формъ судопроизводства, начинать производство изначала, а не продолжать его съ того дѣйствія, которое признано поводомъ кассаціи. б) Если послѣ отмѣны рѣшенія наступаетъ *новое* разсмотрѣніе дѣла (ст. 137), то тогда судъ не можетъ входить въ оцѣнку прежняго рѣшенія, но постановляетъ новое рѣшеніе, какъ бы прежняго не существовало (что и предписывается ст. 811 уст. гражд. суд.) в) Земскій начальникъ, къ которому, или съѣздъ, въ который дѣло перешло, должны „подчиниться сужденію": первый—съѣзда, второй — присутствія; безъ соблюденія этого правила ст. 813 уст. гражд. суд. кассація не имѣла бы смысла. Наконецъ г) кассаціонная жалоба на второе рѣшеніе не можетъ быть допущена (ст. 813 уст. гражд. суд.), развѣ бы судъ, его постановившій, не подчинился „сужденіямъ" кассаціоннаго суда или создалъ новый кассаціонный поводъ; если, съ одной стороны, допущеніе жалобы на второе рѣшеніе нарушило бы достоинство кассаціоннаго суда, разъ уже отмѣнившаго рѣшеніе, то съ другой стороны — недопущеніе новой жалобы по новому поводу исключило бы, безъ законнаго основанія, для тяжущихся возможность пользоваться благами кассаціи.

Заканчивая разсмотрѣніе вопроса о кассаціи, нельзя не замѣтить, что, какъ мы видѣли выше, губернское присутствіе не есть еще окончательная кассаціонная инстанція—надъ нимъ стоитъ соединенное присутствіе перваго и гражданнаго кассаціонныхъ департаментовъ правительствующаго сената, подъ предсѣдательствомъ первоприсутствующаго гражданскаго кассаціоннаго департамента, въ составѣ трехъ сенаторовъ перваго департамента и трехъ—гражданскаго кассаціоннаго. Но это не есть инстанція въ смыслѣ учрежденія, къ которому частныя лица могутъ обращаться съ жалобами. Въ сенатъ дѣло переходитъ по предложенію министра юстиціи, по соглашенію съ министромъ внутреннихъ дѣлъ. Первому принадлежитъ иниціатива: онъ передаетъ дѣло въ сенатъ для установленія правильнаго и единообразнаго примѣненія закона и возстановленія нарушеннаго порядка, когда *изъ дошедшихъ до него свѣдѣній* усмотритъ, что губернское присутствіе при разбирательствѣ или рѣшеніи дѣла допустило явное отступленіе отъ истиннаго смысла закона [1]). Такъ какъ ми-

[1]) Высоч. утв. мн. госуд. совѣта 29 декабря 1839 г. III. 1 и 2.

нистръ юстиціи предлагаетъ эти дѣла сенату по своему усмотрѣнію, по свѣдѣніямъ, до него доходящимъ, то, конечно, тяжущіеся могутъ приносить ему жалобы на опредѣленія губернскаго присутствія; но онъ можетъ этимъ жалобамъ и не давать дальнѣйшаго хода; онъ не обязанъ давать тяжущимся отчетъ, почему онъ не далъ ихъ жалобамъ хода—это зависитъ отъ его усмотрѣнія; поэтому то нельзя признать, что частныя лица имѣютъ *право* обжалованія, въ смыслѣ права процессуальнаго. Будущее этого нововведенія можно приблизительно предвидѣть: министерство будетъ завалено основательными и неосновательными доношеніями прокуроровъ и жалобами частныхъ лицъ.

15. *Особенные порядки производства дѣлъ у земскихъ начальниковъ.*

а) *Порядокъ производства дѣлъ казеннаго управленія.* По дѣламъ казеннаго управленія, подвѣдомственнымъ, какъ мы видѣли выше, и земскимъ начальникамъ, соблюдаются, кромѣ общихъ правилъ, правила, изложенныя въ ст. 1282, 1284 — 1286, 1288, 1289 (по прод. 1886 г.), 1291 — 1293, 1296, 1298 и 1311 — 1315 уст. гражд. суд. [1]).

б) *Порядокъ понудительнаго исполненія по актамъ.* Правила о понудительномъ исполненіи по актамъ составляютъ совершенное исключеніе въ ряду правилъ закона 29 декабря, Чуть не съ перваго дня введенія судебной реформы все рѣшительнѣе сказывалась и доказывалась необходимость возсозданія исполнительнаго порядка производства по актамъ; созданныя уставами 20 ноября судебныя учрежденія такъ и по сейчасъ не дождались этого института; установленъ онъ для судовъ, явившихся на смѣну мировымъ судамъ. Что касается существа исполнительнаго процесса, то это есть такая форма гражданскаго процесса, при которой судъ, по провѣркѣ лишь условій допустимости ея, безъ вызова отвѣтчика, снабжаетъ актъ надписью, обладающею, въ случаѣ осужденія отвѣтчика, силою судебнаго рѣшенія. Условія допустимости этого процесса суть: 1) объективныя, т.-е. касающіяся самаго акта; прежде всего: а) актъ долженъ быть или крѣпостной или нотаріальный, или засвидѣтельствованный установленнымъ порядкомъ, б) актъ долженъ касаться платежа денегъ или возврата движимаго, либо очистки или сдачи недвижимаго имущества; что касается платежа денегъ или возврата движимости, то они не могутъ быть поставлены въ зависимость отъ условія (conditio), которое всегда должно быть доказано истцомъ; сдача же или очистка недвижимаго имущества можетъ быть потребована, если: α) оно было сдано отвѣтчику въ наемъ и β) срокъ найма уже истекъ [2]); в) обязательство, содержащееся въ актѣ, не должно быть погашено давностью [3]). 2) Субъективныя условія, т.-е. касающіяся сторонъ, суть: а) истцомъ можетъ быть лицо, на имя котораго актъ выданъ, или его юридическій преемникъ; преемство должно быть удостовѣрено или надписью, явленною къ засвидѣтельствованію, или актомъ крѣпостнымъ, или нотаріальнымъ, или засвидѣтельствованнымъ, завѣщаніемъ, утвержденнымъ къ исполненію, и опредѣленіемъ суда объ утвержденіи въ правахъ наслѣдства; истцомъ можетъ быть и поручитель, уплатившій за должника по суду или добровольно; въ послѣднемъ случаѣ платежъ долженъ быть удостовѣренъ или надписью на актѣ, или особымъ актомъ. явленнымъ къ засвидѣтельствованію [4]); б) отвѣтчикомъ можетъ быть лицо, отъ имени котораго выданъ актъ, или его юридическій преемникъ (преемство и тутъ удостовѣряется вышеуказанными способами), а также срочный поручитель, если съ наступленія срока главнаго обязательства прошло не болѣе мѣсяца [5]). 3) Фор-

---

[1]) Прав. произв. ст. 140.
[2]) Ibid, ст. 141.
[3]) Ibid, ст. 133.
[4]) Ibid, ст. 144.
[5]) Ibid, ст. 145.

мальныя условія суть: а) искъ о понудительномъ исполненіи подвѣдомственъ земскому начальнику безотносительно къ цѣнѣ; только искъ объ очисткѣ или сдачѣ имущества, отданнаго въ наемъ, подвѣдомственъ ему въ томъ случаѣ, когда годовой размѣръ наемной платы не превышаетъ 500 руб.—при наймѣ земельныхъ угодій и находящихся при нихъ оброчныхъ и доходныхъ статей, и 300 руб. при наймѣ иныхъ недвижимыхъ имуществъ [1]); б) искъ этотъ подсуденъ земскому начальнику по мѣсту жительства или временнаго пребыванія отвѣтчика, или по мѣсту исполненія договора; только по иску объ очисткѣ или сдачѣ отданнаго въ наемъ недвижимаго имущества—по мѣсту его нахожденія [2]); въ просьбѣ должна быть точно опредѣлена взыскиваемая капитальная сумма и причитающіеся неустойка и проценты, условленные и узаконенные [3]); при просьбѣ долженъ быть приложенъ самъ актъ, а также судебныя пошлины и сборы съ бумаги [4]). При наличности этихъ условій земскій начальникъ удовлетворяетъ просьбу истца и полагаетъ свою резолюцію на самомъ актѣ, а при недостаткѣ мѣста—на отдѣльномъ, пришитомъ къ акту, листѣ, но такъ, чтобы начало резолюціи приходилось на самомъ актѣ. Резолюція должна содержать въ себѣ: 1) означеніе года, мѣсяца и числа, когдо она постановлена; 2) званіе, имя, фамилію, прозвище истца и отвѣтчика; 3) означеніе времени выдачи и рода акта; 4) означеніе, что именно должно быть исполнено понудительно; 5) означеніе судебныхъ издержекъ, присужденныхъ съ отвѣтчика, и 6) подпись и печать земскаго начальника [5]). Одновременно съ постановленіемъ этой резолюціи, земскій начальникъ, по просьбѣ истца, присуждаетъ отвѣтчика къ уплатѣ всѣхъ судебныхъ издержекъ, кромѣ вознагражденія за веденіе дѣла, котораго въ исполнительномъ порядкѣ не полагается [6]). При отказѣ въ просьбѣ истцу должно быть выдано письменное удостовѣреніе о причинахъ отказа и возвращены: актъ, судебныя пошлины и сборы [7]). Такой отказъ не лишаетъ истца права предъявить свои требованія въ исковомъ порядкѣ [8]). По полученіи отъ земскаго начальника акта съ резолюціею, т.-е. исполнительною подписью, истецъ можетъ просить о выдачѣ исполнительнаго листа. Затѣмъ, въ дальнѣйшемъ примѣняются правила объ исполненів рѣшеній, съ слѣдующими особенностями: 1) при повѣсткѣ объ исполненіи къ отвѣтчику посылается копія акта и резолюціи, на немъ сдѣланная; 2) должностное лицо, приводящее актъ въ исполненіе, отмѣчаетъ на актѣ о приведеніи его въ исполненіе; 3) взысканная сумма или отобранное движимое имущество передается истцу немедленно, развѣ бы послѣдовало иное распоряженіе со стороны земскаго начальника [9]). Что касается самого акта, то по полученіи удовлетворенія вполнѣ, актъ возвращается должнику; если же произведена частичная уплата, то выдается должнику въ томъ росписка; если исполненію подлежитъ договоръ найма недвижимаго имущества, то актъ возвращается истцу [10]). Такъ какъ во время исполнительнаго производства отвѣтчикъ не можетъ дѣлать никакихъ возраженій, онъ даже не вызывается [11]), то фактами, коими „опровергается существо требованій“ истца,

---

1) Ibid, ст. 142, 20 пп. 1 и 4.
2) Ibid, ст. 148.
3) Ibid, ст. 146.
4) Ibid, ст. 147.
5) Ibid, ст. 149.
6) Ibid, ст. 159.
7) Ibid, ст. 150.
8) Ibid, ст. 158.
9) Ibid, ст. 154.
10) Ibid, ст. 151, 159.
11) Ibid, ст. 149.

онъ можетъ воспользоваться, какъ основаніемъ отдѣльнаго иска. Искъ этотъ можно квалифицировать какъ искъ о недѣйствительности рѣшенія, состоявшагося въ исполнительномъ порядкѣ. Искъ этотъ можетъ быть предъявленъ лишь до истеченія шестимѣсячнаго срока со дня врученія должнику повѣстки объ исполненіи. Подвѣдомственъ онъ земскому начальнику безотносительно къ цѣнѣ и роду. Основаніемъ его подсудности является, въ теченіе первыхъ трехъ мѣсяцевъ, а если исполненіе еще не окончено, то до его окончанія, или мѣсто жительства отвѣтчика по иску о недѣйствительности т.-е. истца по первоначальному иску, или же—мѣсто исполненія акта; по истеченіи же указаннаго срока,—только мѣсто жительства отвѣтчика [1]). По этимъ искамъ истцы освобождаются отъ уплаты судебныхъ пошлинъ [2]). По предъявленіи иска истецъ можетъ просить: если актъ еще не исполненъ—о пріостановленіи исполненія, а если исполненіе уже послѣдовало, то объ обезпеченіи иска [3]). Разбирательство по этимъ искамъ происходитъ на общемъ основаніи. Рѣшеніе суда, коимъ резолюція, какъ состоявшаяся въ исполнительномъ порядкѣ, признана недѣйствительною, имѣетъ своимъ послѣдствіемъ полную реституцію: если исполненіе по акту уже послѣдовало, то истцу возвращается все, что было отобрано in specie или in genere.—Независимо отъ этого способа возстановленія правомѣрности, законъ знаетъ еще одинъ: частную жалобу, приносимую уѣздному съѣзду. Жалоба эта можетъ быть подаваема какъ истцомъ, такъ и отвѣтчикомъ, причемъ основанія ея точно указаны въ законѣ; истецъ можетъ жаловаться по всѣмъ тѣмъ предметамъ, по которымъ требованія его оставлены безъ удовлетворенія, т.-е. на отказъ въ удовлетвореніи его требооаній, а отвѣтчикъ по слѣдующимъ пяти основаніямъ: когда 1) требованіе о понудительномъ исполненіи предъявлено лицомъ, не имѣющимъ на то права, 2) взысканіе обращено не на то лицо, 3) нарушены правила подсудности, 4) неправильно исчислена взысканная сумма и 5) срокъ обязательства, содержащагося въ актѣ, еще не наступилъ [4]). Жалоба эта можетъ быть принесена въ семидневный срокъ, истцомъ—со дня объявленія ему резолюціи объ исполненіи акта, а отвѣтчикомъ—со дня врученія повѣстки объ исполненіи съ копіею акта и резолюціи [5]). Если жалоба подана до окончанія исполненія, то таковое можетъ быть по усмотрѣнію съѣзда пріостановлено [6]). Весь этотъ исполнительный порядокъ по вышеуказаннымъ актамъ является для истца не обязательнымъ, т.-е. онъ можетъ и не обращаться къ этому порядку, а предъявить искъ на общемъ основаніи, но въ этомъ случаѣ онъ можетъ требовать вознагражденія за веденіе дѣла лишь соразмѣрно суммѣ, не признанной отвѣтчикомъ на судѣ [7]). Изложенныя правила достойны полнаго одобренія.

в) *Охранительное производство.* Мы видѣли выше, что изъ мѣръ охраненія наслѣдства вызовъ наслѣдниковъ возложенъ на уѣзднаго члена, на земскомъ же начальникѣ лежитъ обязанность произвести опись наслѣдственнаго имущества безотносительно къ цѣнѣ и роду его, опечатаніе и сбереженіе его до явки наслѣдниковъ [8]); относительно же имущества крестьянъ, онъ не принимаетъ этихъ мѣръ, когда имущество лежитъ въ чертѣ надѣла, а внѣ этого условія—когда цѣна его превышаетъ 300 руб. [9]); при этомъ для него, ко-

1) Ibid, ст. 152.
2) Ibid, ст. 153.
3) Ibid, ст. 154.
4) Ibid, ст. 155.
5) Ibid, ст. 156.
6) Ibid, ст. 157.
7) Ibid, ст. 160.
8) Ibid, ст. 161; 1 ч. X т. ст. 1225 п. 1.
9) Времен. прав. ст. 15.

нечно обязательны постановленія 1 ч. X т. (ст. 1226, 1227, 1231, 1234, 1235, 1238); но эти постановленія, какъ извѣстно, дополнены особыми правилами о производствѣ описи, для мѣстностей, въ коихъ не введены судебные уставы; для первыхъ обязательны ст. 1403 и 1404 и указанныя въ послѣдней ст. 980—999, 1094, 1103—1114 устава гражд. суд.; для вторыхъ—особыя правила, помѣщенныя въ прилож. къ ст. 1227 ч. 1 т. X. Не можетъ подлежать сомнѣнію, что мѣстности, на которыя распространяется законъ 29 декабря, должны быть отнесены къ мѣстностямъ, въ коихъ введены судебные уставы. Къ особымъ правиламъ, содержащимся въ законѣ 29 декабря, надо отнести то, что: 1) земскій начальникъ о принятыхъ имъ мѣрахъ охраненія увѣдомляетъ уѣзднаго члена для дальнѣйшихъ распоряженій [1]), и 2) охранительныя мѣры принимаются земскимъ начальникомъ или лично, или черезъ мѣстную полицію [2]).

Гражданскій процессъ у *городскихъ судей* подчиняется совершенно тѣмъ же правиламъ, какъ и процессъ у земскихъ начальниковъ. Территоріальные предѣлы вѣдомства его ограничиваются городомъ и прилежащими къ нему посадами, слободами и мѣстечками,—по особымъ Высочайше утвержденнымъ росписаніямъ [3]). Насколько дѣла охранительныя входятъ въ вѣдѣніе городскихъ судей—законъ совершенно умалчиваетъ. Изъ того, что всѣ охранительныя дѣла въ уѣздѣ вѣдаются уѣзднымъ членомъ окружнаго суда и только въ предѣлахъ земскаго участка производство описи наслѣдственнаго имущества возложено на земскихъ начальниковъ, нельзя выводить, что въ городахъ опись эта производится уѣзднымъ членомъ; производится она несомнѣнно, городскими судьями. Земскій начальникъ не можетъ, безъ явнаго превышенія власти, распространить свою юрисдикцію на города, въ судебномъ отношеніи, подчиненные, равному по компетенціи, городскому судьѣ.

Этимъ мы и оканчиваемъ нашъ очеркъ новаго гражданскаго процесса.

---

## XI.

## Почетные мировые судьи въ мѣстностяхъ, гдѣ введено положеніе о земскихъ начальникахъ [1]).

Въ области законодательной политики, подобно тому, какъ въ математикѣ, возможна провѣрка разрѣшенныхъ задачъ. Создаетъ законодатель данное учрежденіе, конечно, въ предположеніи или увѣренности полной его цѣлесообразности, пользы. Но, къ сожалѣнію, не всегда онъ испытываетъ то чувство, которое—будучи такъ, и мучительно, и плодотворно,—испытывается всякимъ авторомъ, создавшимъ то или другое художественное или научное произведеніе. Чувство это—сознаніе недостатковъ своего дѣтища; послѣдствіе его — желаніе устранить данный недостатокъ въ будущемъ. Законодатель, имѣющій дѣло тоже съ искусствомъ,—законоискусствомъ,—создавая данное учрежденіе,

---

[1]) Прав. произв. ст. 161.

[2]) Ibid, l. c.

[3]) Прав. устр. ст. 4; прав. произв. въ д. ст. 10 см. Р. В. у. 29 дек. 1889.

[4]) Прав. устр. ст. 29; прав. произв. ст. 111.

[5]) Журн. гр. и уг. прав. 1891 г. № 7.

обыкновенно видитъ въ немъ именно наилучшее и наисовершеннѣйшее разрѣшеніе той задачи, которую онъ себѣ поставилъ. Такой оптимизмъ весьма часто приводитъ къ печальнымъ послѣдствіямъ—жизнь не поддается тому или другому эксперименту законодателя и доводитъ созданное имъ учрежденіе до состоянія уподобляемаго мертворожденности. Настойчивость въ случаяхъ подобнаго рода совершенно неумѣстна; измышлять средства спасти дѣтище, придать, искусственнымъ путемъ, ему жизнь, такъ же безполезно, какъ попытки оживить мертворожденнаго. Остается одно — упразднить его и замѣнить другимъ. Но какъ часто мы видимъ, что къ такому результату законодатель приходитъ по истеченіи долгаго времени, послѣ многихъ лѣтъ иногда весьма тяжкихъ для жизни испытаній — послѣ того, какъ жизни пришлось по невольной ошибкѣ законодателя вынести много бѣдъ... И къ чему? когда во многихъ случаяхъ законодатель можетъ поставить данное учрежденіе въ такія условія дѣятельности, что оцѣнить его жизненную пригодность можно въ весьма короткое время и безъ причиненія кому-либо малѣйшаго вреда. Если бы, создавая то или другое учрежденіе, законодатель придерживался менѣе оптимистическаго взгляда, то нашелъ бы или создалъ бы то или другое средство для провѣрки разрѣшенной имъ задачи; если бы онъ созналъ возможность непригодности созданнаго имъ учрежденія, то открылъ бы самый безвредный и короткій путь отвѣтить на интересующій его вопросъ. Кругъ подобныхъ счастливыхъ учрежденій, по самому существу допускающихъ такую провѣрочную дѣятельность законодателя, весьма обширенъ—онъ обхватываетъ собою всю совокупность частныхъ или гражданскихъ отношеній и множество такихъ публичныхъ отношеній, въ которыхъ волѣ отдѣльнаго частнаго лица дается извѣстный просторъ. Къ числу учрежденій ближайшимъ образомъ касающихся этихъ отношеній, относится судъ гражданскій, а отчасти и судъ уголовный, въ тѣхъ случаяхъ, когда преслѣдованіе виновнаго исходитъ отъ частнаго лица.

Создавая тѣ или другіе суды, опредѣляя ихъ организацію и условія ихъ дѣятельности, законодатель, памятуя, что имѣетъ дѣло съ интересами частныхъ лицъ, не долженъ смотрѣть на нихъ, какъ на нѣчто такое, что безусловно и безукоризненно можетъ удовлетворить всѣхъ ищущихъ правосудія; онъ долженъ имѣть въ виду, что какъ бы, по его представленію, ни было несомнѣнно, что созданныя имъ учрежденія внушатъ обществу полное къ себѣ довѣріе, ожиданія его могутъ и не оправдаться. Потому то рядомъ съ создаваемыми имъ судами, должны существовать и всегда существовали частные, третейскіе суды или суды, носящіе частью публичный, частью частный характеръ. На тотъ конецъ если коронные суды или не внушатъ довѣрія, или по какимъ-либо инымъ причинамъ обращеніе къ нимъ представится неудобнымъ, потребность въ правосудіи должна быть удовлетворена инымъ путемъ. Дѣятельность этихъ частныхъ или смѣшанныхъ судовъ даетъ намъ наглядное доказательство степени пригодности судовъ коронныхъ. Это настоящая повѣрка разрѣшенной законодателемъ задачи. Если частныя лица признаютъ болѣе удобнымъ обратиться къ избраннымъ ими судьямъ, чѣмъ къ судьямъ короннымъ—значитъ, что задача разрѣшена невѣрно: есть въ условіяхъ организаціи или дѣятельности этихъ судовъ нѣчто такое, что требуетъ коренного или частичнаго исправленія. Примѣръ до-революціонной Франціи въ этомъ отношеніи поучителенъ: коронные гражданскіе суды наканунѣ революціи почти совсѣмъ прекратили свою дѣятельность — общею формою гражданскаго суда сталъ судъ третейскій. Съ другой стороны, не менѣе поучителенъ примѣръ нашей судебной реформы: третейскій судъ сталъ явленіемъ совершенно исключительнымъ и безжизненнымъ; имъ, благодаря неудовлетворительной его постановкѣ, пользовались лишь для достиженія противозаконныхъ цѣлей. Это указываетъ на то, что коронные суды удовлетворяли общество и что противо-

законныя цѣли при содѣйствіи этихъ судовъ достигнуты быть не могли. Та же идея какъ бы корректива или провѣрки лежитъ въ институтѣ почетныхъ мировыхъ судей. Это хотя и коронные судьи, но отправляютъ они судейскія обязанности лишь по приглашенію частныхъ лицъ и притомъ „когда обѣ стороны обратятся къ ихъ посредничеству“ (ст. 46 учр. суд. уст.). И этотъ институтъ не выполнилъ своей коррективной миссіи — наши почетные мировые судьи очень рѣдко призывались къ отправленію судейскихъ обязанностей; населенію они почти неизвѣстны, да и число ихъ ограничено. Едва ли можетъ подлежать сомнѣнію, что, если бы въ уѣздахъ и городахъ было много почетныхъ мировыхъ судей и, слѣдовательно, о существованіи ихъ мѣстное населеніе имѣло свѣдѣнія, т.-е. знало гдѣ судья и когда къ нему можно обращаться—то этотъ институтъ былъ бы прекраснымъ провѣрочнымъ средствомъ мировой юстиціи; но и при настоящихъ условіяхъ его существованія коррективное его значеніе выразилось бы въ весьма рѣзкихъ чертахъ, если бы населеніе было недовольно участковыми мировыми судьями. Это недовольство заставило бы поискать хорошаго судью, поразспросить и, какъ бы мало ни было число почетныхъ судей, заставило бы разыскать судью, внушающаго довѣріе. И вѣсть о немъ разнеслась бы по уѣзду или городу... и сидѣли бы участковые судьи безъ дѣлъ. Этого, однако, не случилось; и не случилось по очень простой причинѣ: населеніе, въ общемъ, было довольно мировыми судьями, и тѣ „возмутительные факты“ изъ ихъ дѣятельности, о которыхъ говорятъ, потому и составляютъ предметъ толковъ и пересудовъ, что они исключительны. Наилучшее изображеніе ихъ дѣятельности всякій можетъ видѣть въ оффиціальныхъ сборникахъ кассаціонныхъ рѣшеній; ничего возмутительнаго, заставляющаго признать, что они стоятъ неизмѣримо ниже окружныхъ судовъ и судебныхъ палатъ, мы не находимъ...

Законы 12 іюля и 29 декабря 1889 г., которыми упразднена мировая юстиція и замѣнена юстиціею земскихъ начальниковъ, городскихъ судей и уѣздныхъ членовъ окружнаго суда, возбуждаютъ много толковъ: одни видятъ въ новыхъ учрежденіяхъ верхъ совершенства и ожидаютъ чуть не полнаго перерожденія жизни уѣздовъ и городовъ; другіе—глядятъ на будуще съ ужасомъ, предсказываютъ паденіе юстиціи и увѣрены въ недолговѣчности новыхъ учрежденій. Кто и насколько правъ—покажетъ будущее. При такой реформѣ, какъ послѣдняя судебно-административная, именно желательно, чтобы самимъ законодателемъ былъ указанъ самый короткій и безвредный путь къ разрѣшенію вопроса о пригодности созданныхъ имъ учрежденій. Надо создать благопріятныя условія, какъ мы выразились выше, для провѣрки разрѣшенной законодателемъ задачи. Какъ сторонники, такъ и противники реформы, въ одинаковой мѣрѣ, должны желать, чтобы для такой провѣрки былъ открытъ возможно широкій путь. Если по провѣркѣ, безъ малѣйшаго для кого-либо вреда, окажется, что общество удовлетворено—противники реформы умолкнутъ; если же окажется, что общество не довольно—конецъ для новыхъ учрежденій неминуемъ. Средствомъ для провѣрки жизненной пригодности и цѣлесообразности новыхъ учрежденій, по крайней мѣрѣ въ области частныхъ отношеній и публичныхъ, съ примѣсью частнаго элемента, мы видимъ въ институтѣ почетныхъ мировыхъ судей. Прежде всего, рождается вопросъ: сохранился ли этотъ институтъ, не упраздненъ ли и онъ новыми законами? То, что говорится въ законѣ о почетныхъ мировыхъ судьяхъ, даетъ основаніе несомнѣнному заключенію, что судьи эти не упразднены. Во-первыхъ, въ правилахъ о порядкѣ приведенія въ дѣйствіе положенія о земскихъ начальникахъ (ст. 15) перечисляются учрежденія и должности, подлежащія упраздненію; но о почетныхъ мировыхъ судьяхъ ничего не говорится; прямо упомянуты участковые и добавочные мировые судьи. Во-вторыхъ, въ правилахъ объ устройствѣ судебной части въ мѣстностяхъ, въ которыхъ введено положеніе о земскихъ на-

чальникахъ, въ ст. 2 сказано, что участковые и добавочные мировые судьи... состоятъ въ обѣихъ столицахъ и г. Одессѣ, *на основаніяхъ, опредѣленныхъ судебными уставами;* въ статьѣ же 3 говорится, что почетные мировые судьи состоятъ *въ городахъ и уѣздахъ*, на указанныхъ въ ст. 2 основаніяхъ. Сопоставляя эти двѣ статьи, мы говоримъ: въ уѣздахъ и городахъ, т.-е. тамъ, гдѣ нѣтъ участковыхъ мировыхъ судей, состоятъ почетные мировые судьи на основаніяхъ, опредѣленныхъ судебными уставами. Въ-третьихъ, въ тѣхъ же правилахъ (ст. 17) указывается на уѣздные съѣзды, какъ на апелляціонную инстанцію по дѣламъ, подлежащимъ разбирательству почетныхъ мировыхъ судей. Въ-четвертыхъ, въ положеніи о земскихъ начальникахъ (ст. 73 и 74) къ числу членовъ уѣздныхъ съѣздовъ отнесены и почетные мировые судьи, засѣдающіе въ нихъ по установленной очереди. Въ-пятыхъ, въ ст. 24 прав. устр. суд. ч. сказано, что въ уѣздахъ и въ тѣхъ поселеніяхъ, которыя входятъ въ составъ земскихъ участковъ, гражданскія дѣла разбираются земскими начальниками, а въ ст. 25 тѣхъ же правилъ читаемъ, что въ мѣстностяхъ, означенныхъ въ ст. 24, почетные мировые судьи не могутъ принимать къ своему разбирательству гражданскихъ дѣлъ, подвѣдомственныхъ земскимъ начальникамъ. Изъ этого мы дѣлаемъ тотъ выводъ, что въ районахъ дѣятельности земскихъ начальниковъ и по дѣламъ подвѣдомственнымъ послѣднимъ почетные мировые судьи не могутъ отправлять судейскихъ обязанностей, но внѣ района дѣятельности земскихъ начальниковъ и по дѣламъ послѣднимъ неподсуднымъ, они могутъ разбирать гражданскія дѣла; имѣя же въ виду, что по ст. 2 прав. устр. суд. ч. почетные мировые судьи существуютъ на основаніи судебныхъ уставовъ, т.-е. вѣдаютъ дѣла, подсудныя мировымъ судьямъ (уг. с. у. ст. 46, у. г. с. ст. 29), почетные мировые судьи въ мѣстностяхъ, гдѣ введено положеніе о земскихъ начальникахъ, обязаны принимать къ разсмотрѣнію гражданскія дѣла: а) въ городахъ—дѣла по общему порядку подсудныя городскимъ судьямъ и уѣзднымъ членамъ окружнаго суда; б) въ уѣздахъ—дѣла подсудныя уѣзднымъ членамъ окружнаго суда. Независимо отъ того, они могутъ быть избираемы въ третейскіе судьи на общемъ основаніи (ст. 1367 у. г. с.) Изъ этихъ указаній видно, что почетные мировые судьи не упразднены и, слѣдовательно, сохранили полную свою силу всѣ правила о ихъ избраніи, отвѣтственности, компетенціи и т. п. Сомнѣнія лишь можетъ возбудить вопросъ на какихъ основаніяхъ они функціонируютъ, т.-е. примѣняютъ ли они правила устава гражданскаго судопроизводства 20 ноября 1864 г. или правила о производствѣ судебныхъ дѣлъ 29 декабря 1889 г. Если тяжущіеся ихъ избираютъ въ качествѣ третейскихъ судей, то ими, конечно, примѣняются правила устава; сомнительнымъ лишь является вопросъ о примѣнимости этихъ правилъ въ тѣхъ случаяхъ, когда къ почетнымъ мировымъ судьямъ обращаются какъ къ судьямъ короннымъ по правиламъ ихъ компетенціи (ст. 29 у. г. с.) Молчаніе закона въ этомъ случаѣ можетъ быть истолковано въ смыслѣ примѣнимости судебныхъ уставовъ 20 ноября. Правила 29 декабря преподаны только для земскихъ начальниковъ и городскихъ судей; такъ что уставы сохранили свою силу въ судопроизводствѣ у почетныхъ мировыхъ судей. Съ этимъ положеніемъ какъ будто не вяжется ст. 17 правилъ устр. суд. части 12 іюля 1889 г. Въ статьѣ этой сказано, что разсмотрѣніе жалобъ по дѣламъ, подлежащимъ разбирательству городскихъ судей и почетныхъ мировыхъ судей, возлагается на уѣздные съѣзды *въ случаяхъ и на основаніяхъ, указанныхъ въ утверждаемыхъ законодательнымъ порядкомъ правилахъ о порядкѣ производства судебныхъ дѣлъ въ названныхъ установленіяхъ.* Упоминаемыя здѣсь „утверждаемыя законодательнымъ порядкомъ правила“ и были изданы 29 декабря того же года, но въ нихъ идетъ рѣчь лишь о городскихъ судьяхъ и земскихъ начальникахъ; почетные же мировые судьи ни однимъ словомъ не помянуты. Такая редакціонная неточность, въ связи со столь неумѣстнымъ выраженіемъ „утверждаемыхъ“ (почему не „ут-

верженныхъ“ или „имѣющихъ быть утвержденными“), порождаетъ большія затрудненія при толкованіи закона. Если принять, что съѣзды руководятся правилами 29 декабря, то придется признать, что и почетные мировые судьи должны руководиться этими правилами (не могутъ же суды первой и второй степени примѣнять различныя правила); но это прямо противорѣчитъ закону, ибо, какъ я замѣтилъ выше, новыя правила изданы только для городскихъ судей и земскихъ начальниковъ. Если же принять, что съѣздъ руководится правилами уставовъ 20 ноября, то противъ этого можно возразить, что уставы не суть „утверждаемыя“ законодательнымъ порядкомъ правила, о которыхъ говорится въ 17 статьѣ, ибо они уже утверждены 25 лѣтъ тому назадъ. Противорѣчіе непримиримое. Приходится, примѣняясь къ ст. 9 уст. гр. суд. и 12 уст. уг. суд., принять то толкованіе, которое болѣе соотвѣтствуетъ общему смыслу закона, а таковымъ будетъ толкованіе въ пользу примѣнимости правилъ уставовъ. Общій смыслъ законовъ 1889 г. вовсе не тотъ, что въ мѣстностяхъ, гдѣ введено положеніе о земскихъ начальникахъ, абсолютно исключается примѣненіе правилъ уставовъ 20 ноября: уѣздные члены окружнаго суда обязательно примѣняютъ уставы. Если такъ, то препятствій къ примѣненію уставовъ и въ другихъ случаяхъ не имѣется. Это отрицательный аргументъ со стороны общаго смысла законовъ. Положительный-же аргументъ этого рода тотъ, что новые законы (полож. объ устр. суд. ч. ст. 3) признаютъ существованіе почетныхъ мировыхъ судей на *основаніяхъ*, опредѣленныхъ судебными уставами. Если придать слову „основанія“ широкій смыслъ, то сюда войдутъ не только основанія организаціи, но и основанія дѣятельности, т.-е. судопроизводства у почетныхъ мировыхъ судей.

Признавая, такимъ образомъ, параллельное существованіе института почетныхъ мировыхъ судей съ уѣздными членами окружнаго суда, городскими судьями и земскими начальниками, мы можемъ поставить ростъ этого института въ зависимость отъ качества новыхъ учрежденій. Если послѣднія окажутся удобными и цѣлесообразными, названный институтъ будетъ также прозябать, какъ онъ прозябалъ и раньше, въ противномъ же случаѣ онъ пріобрѣтетъ первенствующее значеніе. Тотъ или другой исходъ долженъ быть для законодателя одинаково желателенъ; для него желательно процвѣтаніе правосудія, отъ какихъ-бы изъ признанныхъ имъ органовъ суда оно не исходило. Не безразличны лишь эти исходы для послѣдующей его дѣятельности: будущее покажетъ на что ему впослѣдствіи направить свою дѣятельность — на развитіе ли института почетныхъ мировыхъ судей или учрежденій, созданныхъ законами 1889 года. Пока-же никакихъ законодательныхъ измѣненій, собственно съ этой стороны, мы не предлагаемъ; достаточно если не будетъ положено никакихъ преградъ дальнѣйшему развитію этого института; остальное зависитъ отъ тѣхъ учрежденій и лицъ, которыя избираютъ почетныхъ мировыхъ судей вообще и въ отдѣльныхъ случаяхъ. Мы выше уже упоминали, что однимъ изъ обстоятельствъ, задержавшихъ ростъ института почетныхъ мировыхъ судей, была малочисленность этихъ судей, повлекшая за собой и малоизвѣстность самаго института. Выдвинувшаяся нынѣ роль почетныхъ мировыхъ судей въ мѣстностяхъ гдѣ введено положеніе о земскихъ начальникахъ, заставляетъ серьезно подумать и позаботиться объ устраненіи этихъ обстоятельствъ. Было бы желательно, чтобы уѣздныя земскія собранія и городскія думы увеличили до возможныхъ предѣловъ число почетныхъ мировыхъ судей. Со стороны закона ни малѣйшихъ препятствій къ тому не имѣется. Уставы не опредѣляютъ числа почетныхъ мировыхъ судей, которые могутъ быть избираемы думами и уѣздными земскими собраніями. Что касается лицъ, изъ среды коихъ почетные мировые судьи могутъ быть избираемы, то ихъ въ каждомъ городѣ и уѣздѣ окажется немало; придется избрать не только лицъ, находившихся или находящихся въ сторонѣ отъ мѣстнаго управленія и суда, но и прини-

мающихъ или принимавшихъ въ нихъ участіе—уже одни бывшіе участковые мировые судьи являются прекрасно подготовленнымъ кадромъ. Нельзя, конечно, упускать изъ виду, что почетные мировые судьи исполняютъ обязанности свои безвозмездно и это, быть можетъ, вызоветъ неудовольствіе со стороны лицъ избранныхъ; повидимому особенно возможны и вѣроятны вопли со стороны бывшихъ мировыхъ судей, къ которымъ населеніе будетъ обращаться по привычкѣ. Но противъ этого слѣдуетъ возразить, что, во 1-хъ, съ большою вѣроятностью можно предсказать, что вначалѣ населеніе будетъ обращаться, преодолѣвая даже, быть можетъ, нѣкоторыя затрудненія, къ новымъ учрежденіямъ, разсчитывая въ нихъ найти нѣчто лучшее, сравнительно съ прежними судами; во 2-хъ, едва ли въ составѣ бывшей мировой юстиціи найдется много лицъ, которыя будутъ недовольны оказываемою имъ честью; наконецъ, въ 3-хъ, въ подобныхъ случаяхъ надо твердо вѣрить въ сознательное выполненіе афоризма noblesse oblige. Наконецъ, еще одна сторона этого вопроса не должна быть упускаема изъ виду; чѣмъ больше будетъ почетныхъ мировыхъ судей и чѣмъ опытнѣе они будутъ, тѣмъ легче будетъ пополненіе состава и тѣмъ лучше будетъ составъ одного изъ новыхъ учрежденій — уѣзднаго съѣзда.

Пусть же учрежденія, созданныя законами 1889 г. подвергнутся испытанію въ одной изъ обширнѣйшихъ областей общественнаго быта—быта частнаго, и пусть испытующимъ средствомъ будетъ учрежденіе, созданное уставами 20 ноября 1864 г.



